

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES CESSIONS
VOLONTAIRES & A TITRE ONÉREUX
DE
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 20 Mai 1899, à une heure et demie

PAR

Georges OLIVIER

Sous la présidence de M. BAILLY, *doyen*.

Suffragants { MM. DESSERTAUX, *professeur*.
TISSIER, *professeur*.



DIJON
IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER
40, RUE DES FORGES, 40

—
1899

DES CESSIONS

VOLONTAIRES & A TITRE ONÉREUX

DE

FONDS DE COMMERCE

DES CESSIONS

VOLONTAIRES & A TITRE ONÉREUX

DE

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

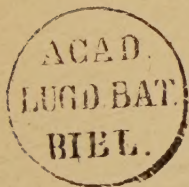
Le samedi 20 Mai 1899, à une heure et demie

PAR

Georges OLIVIER

Sous la présidence de M. BAILLY, *doyen*.

Suffragants { MM. DESSERTAUX, *professeur*.
 TISSIER, *professeur*.



DIJON

IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER

40, RUE DES FORGES, 40

—
1899

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

INTRODUCTION

C'est surtout au cours de ces vingt dernières années que se sont multipliées en France les cessions de fonds de commerce ; et la statistique nous apprend que leur nombre s'accroît chaque année avec une rapidité surprenante.

Les recueils de jurisprudence s'accordent avec la statistique pour constater cette augmentation ; ils enregistrent chaque jour de nouvelles décisions sur quelque difficulté relative à la vente des fonds de commerce. C'est donc là une matière essentiellement actuelle et pratique qui, à ce titre déjà, se recommande à notre attention.

Mais elle offre pour le jurisconsulte un autre intérêt : c'est une matière nouvelle et, partant, très incomplètement réglementée par la loi, dans laquelle il est souvent nécessaire de recourir aux principes généraux du droit pour les adapter à des situations inconnues des anciens juristes. On comprend que ce travail d'adaptation soit fort intéressant, mais parfois aussi très délicat : il ne suffira pas toujours d'appliquer les principes théoriques avec une rigueur mathématique ;

il faudra tenir compte aussi des nécessités de fait, des usages de la pratique. C'est ce travail d'adaptation que nous nous proposons de tenter en essayant de nous tenir également éloignés d'une logique inflexible et parfois désastreuse dans ses résultats, et de la méconnaissance des principes juridiques.

Mais, avant d'aborder ce problème de droit, il nous paraît intéressant, quoique cette recherche soit plutôt du domaine de la science économique, d'étudier d'abord pour quelles raisons les fonds de commerce sont de nos jours l'objet de transactions aussi fréquentes. Cette recherche ne rentrant point directement dans notre sujet, nous la ferons d'ailleurs d'une façon rapide.

Les causes de la fréquence des cessions de fonds de commerce sont très multiples. La principale est peut-être l'intensité du désir dont sont possédées aujourd'hui toutes les classes sociales de vivre dans le plus grand bien-être possible et, pour cela, de parvenir, le plus rapidement qu'elles le peuvent, à la richesse. Si l'on suppose, mais c'est une hypothèse relativement rare, qu'un commerçant ait pour toute ambition de ne réaliser qu'une modeste fortune, il peut y arriver par l'exploitation normale et régulière de son fonds : mais chaque année les bénéfices sont petits et l'aisance n'arrivera qu'après une longue vie de labeur. Beaucoup préfèrent créer successivement plusieurs fonds de commerce et les revendre le plus vite possible en réalisant sur chaque vente un gain qui représente les bénéfices de dix ou quinze ans d'une exploitation normale ; ou même, sans créer de fonds, ils se contentent de spéculer sur des achats et des reventes très rapprochés les uns des autres. La fonction économique du fonds de commerce se trouve ainsi modi-

fiée : nos commerçants y voient de moins en moins un instrument d'exploitation stable et de richesse lente, mais probable ; ils comptent davantage pour s'enrichir sur l'achat et la revente des fonds eux-mêmes, spéculant ainsi, non sur le produit, mais sur la source même du produit. D'instruments d'exploitation et de production qu'ils étaient autrefois, les fonds de commerce tendent à devenir des objets de spéculation. Cette transformation n'est peut-être pas sans présenter certains dangers sociaux : le moraliste peut la déplorer, mais l'économiste la constate et il croit en trouver une des raisons principales dans cette intensité du désir de jouir, dans la passion de faire rapidement fortune, qui est un des traits caractéristiques de notre époque.

D'autres raisons d'ailleurs agissent dans le même sens : telle l'émigration toujours croissante dans les villes des habitants des campagnes. Chaque jour on voit des agriculteurs vendre ou louer leurs propriétés rurales pour aller ouvrir boutique en ville.

Telle encore la préférence si accentuée, si sensible que donnent aujourd'hui les fils de commerçants ou d'industriels à d'autres carrières sur celles de leurs pères. Tandis qu'autrefois, le fonds, la boutique était en quelque sorte un patrimoine familial que les générations successives se léguaient pieusement les unes aux autres, il est de moins en moins de mode à notre époque que les fils fassent le métier de leurs pères, surtout quand ceux-ci étaient simples boutiquiers. Le fils obtient souvent un diplôme d'études supérieures qui lui rend accessibles les professions libérales : titulaire de ce grade universitaire, il croit de sa dignité et de son intérêt de persister dans la voie où il s'est engagé ; il renonce définitivement à l'exercice du com-

merce ou de l'industrie paternels et change de carrière, croyant ainsi changer de condition sociale ! L'expérience lui apprend souvent qu'il s'est trompé ; mais il est trop tard. Dans l'intervalle, le père ne pouvant plus exploiter le fonds, il a fallu le vendre, et ce dédain que professent trop souvent les fils pour la carrière de leurs pères devient ainsi une des causes de la fréquence des cessions de fonds de commerce.

Elle est favorisée encore par une autre circonstance : nous voulons dire par la faillite ou la mise en liquidation judiciaire des commerçants. Elles impliquent toutes deux cessions de fonds de commerce, mais cessions *forcées* : aussi, n'y insisterons-nous pas, car, comme l'indique notre titre, nous nous proposons d'étudier les cessions *volontaires*.

Mais, sans le mener jusqu'à la faillite ou à la liquidation, il arrive souvent aujourd'hui que la concurrence du grand commerce ou de la grande industrie oblige le petit commerçant, précisément pour éviter cette faillite ou cette liquidation, à vendre à temps le fonds qu'il exploite. Quelques années l'exploitation en a été fructueuse ; mais un grand établissement se fonde dans les environs, ou bien les représentants de maisons de gros, peut-être très éloignées, viennent leur faire dans le pays une concurrence désastreuse ; le petit commerçant ne se sent plus de taille à soutenir la lutte. Il vend son fonds.

Toutes ces causes, et nous en passons (1), ont déter-

(1) Parmi les causes de la fréquence des cessions de fonds de commerce, on a l'habitude de signaler encore la suppression de l'apprentissage qui permettrait, dit-on, au premier venu d'exploiter tout de suite un fonds de commerce ou d'industrie. Mais il nous paraît bon de faire sur ce point une double réserve : d'abord si l'apprentissage n'est plus légalement obli-

miné un accroissement considérable dans le nombre des transactions qui ont pour objet les fonds de commerce. Cet accroissement incessant a eu pour résultat naturel de faire naître une profession nouvelle : celle de marchands de fonds de commerce, de courtiers de fonds de commerce. Lorsque, comme autrefois, ils se transmettaient de père en fils, ou se cédaient seulement entre parents ou amis, il n'était besoin de personne pour mettre en relations l'acheteur et le vendeur. Mais aujourd'hui, le cercle des personnes entre lesquelles se font les transactions de ce genre s'est singulièrement étendu : le plus souvent, elles se passent entre gens parfaitement étrangers les uns aux autres. Et le besoin pressant s'est fait sentir d'intermédiaires, de courtiers, qui les mettent en relations. C'est ainsi qu'est née la profession de marchands de fonds : dans les grandes villes, notamment à Paris, ils sont assez nombreux et d'aucuns y ont même organisé de véritables agences « pour la vente et l'achat de fonds de commerce et d'industrie ». Cette profession ne présente assurément aucun caractère illicite ; elle peut même rendre des services. Mais, en fait, il faut reconnaître qu'elle n'est pas toujours exercée avec toute la correction désirable et que les agissements de certains marchands de fonds les ont fait confondre, parfois non sans raison, avec des agents d'affaires véreux. Ce ne sont là que des exceptions ; mais elles

gatoire, il n'est pas moins demeuré sinon nécessaire, du moins très utile en fait. On ne se met pas, du jour au lendemain, à gérer avec habileté un fonds de commerce. D'ailleurs, la suppression de l'apprentissage obligatoire remonte à 1789 et la fréquence des cessions de fonds date à peine de vingt ans. Il est donc difficile d'établir entre eux une relation de cause à effet.

suffisent à jeter le discrédit sur toute une corporation. Et peut-être serait-il désirable que des règlements disciplinaires vinssent mettre son honorabilité à l'abri des compromissions de ce genre et des soupçons qu'elles provoquent dans le public. Mais une organisation de cette nature exigerait que le législateur intervienne et il ne semble pas pressé de le faire.

L'intervention du législateur en cette matière serait pourtant utile à d'autres points de vue encore. Le rôle de ces intermédiaires a fait naître les questions juridiques les plus délicates. On discute sur la nature du contrat qui les lie au propriétaire : pour les uns c'est un louage de services, pour les autres, et notamment pour la jurisprudence, c'est un mandat. On ne s'accorde pas davantage sur la fixation de leur salaire, sur les cas où il est dû, ni sur les pouvoirs des tribunaux pour en arrêter le quantum lorsque la convention est muette sur ce point ou pour le réduire en cas de convention expresse.

Aussi bien est-ce toute la matière des fonds de commerce qui se trouve aujourd'hui dans la même incertitude au point de vue des principes du droit. Nature juridique du fonds, caractère civil ou commercial des contrats de cessions, obligations du vendeur, de l'acheteur, de l'intermédiaire, compétence : autant de questions controversées. Il semble pourtant qu'une jurisprudence assez ferme commence à s'établir sur ces différentes questions ; mais il serait utile que la loi vînt la confirmer, la préciser sur certains points, et la réformer sur d'autres. On comprend que le législateur ne soit pas intervenu pendant la période de formation. Sous peine de faire œuvre incomplète et mauvaise, il fallait laisser à la pratique le temps de mettre en relief les points délicats, les conflits d'intérêts, les fraudes à

craindre. Mais ce travail d'élaboration est fait : depuis vingt ans que les fonds de commerce sont l'objet de cessions nombreuses et que les tribunaux sont saisis des difficultés multiples auxquelles elles donnent lieu, on a pu se rendre compte du fonctionnement, voir les questions difficiles et saisir la meilleure solution qu'elles comportent. La matière des fonds de commerce est mûre pour recevoir dans ses grandes lignes une réglementation légale.

Un premier pas dans cette voie vient d'être fait en ce qui concerne la dation en nantissement : nous nous plaçons à voir dans cette loi du 1^{er} mars 1898 comme le prodrome d'une législation plus complète sur la matière. Mais, en attendant qu'elle soit promulguée, nous ne pouvons étudier les cessions *volontaires* et à *titre onéreux* de fonds de commerce, les seules qui fassent l'objet de cette thèse, qu'à la lumière des principes généraux du droit, et en nous inspirant aussi de considérations d'utilité pratique.

Pour plus de clarté dans nos explications, nous les diviserons en six titres :

TITRE I. — *Notions générales sur les fonds de commerce et leurs cessions.*

TITRE II. — *Conditions de validité du contrat de cession ; sa preuve.*

TITRE III. — *Effets du contrat de cession.*

TITRE IV. — *Des intermédiaires.*

TITRE V. — *Juridiction compétente en matière de cession de fonds de commerce.*

TITRE VI. — *De l'enregistrement des cessions de fonds de commerce.*

TITRE PREMIER

Notions générales sur les fonds de commerce et leurs cessions

CHAPITRE PREMIER

Définition. — Éléments. — Nature juridique d'un fonds de commerce. — Diverses sortes de cessions

Sans vouloir remonter trop loin dans le passé pour y rechercher l'origine du terme « fonds de commerce », nous constaterons seulement qu'il ne commence guère à apparaître dans la langue juridique de nos anciens auteurs que vers le début du xv^e siècle. Au xiii^e et au xiv^e siècle, il est encore inconnu : le *Livre des Métiers* d'Etienne Boileau (xiii^e siècle), nous parle bien de « maisons, hostels de marchands ou gens de métiers », mais on n'y trouve pas le mot « fonds ».

Le premier ouvrage où l'expression se rencontre est, à notre connaissance, le « *Trésor de la Langue française* » de Jean Nicot (1606). L'auteur fait venir le mot fonds de *fundus*, champ ou pièce de terre, et lui fait désigner par analogie un capital quelconque, notamment le capital d'un marchand en marchandises, ou même en espèces. A cette époque, le « fonds » désigne donc uniquement l'ensemble des marchandises d'un commerçant. Seulement, à raison même de l'origine du mot et par analogie au *fundus* proprement dit, à la pièce de terre, on fait aussi du « fonds »

du commerçant un immeuble fictif : un arrêt du parlement de Besançon du 31 août 1641, déclare que « les marchandises qui composent un fonds de boutique forment une universalité qui devient un immeuble fictif. »

A la fin du xvi^e et au xvii^e siècle, l'expression « fonds de marchands, de magasins » désigne donc uniquement les marchandises. — Au xviii^e siècle, elle prend déjà un sens un peu plus large et signifie « les marchandises » et en outre « les métiers et autres ustensiles. »

Puis, au xix^e siècle (1), l'expression se modifie et se complète en même temps que sa signification devient beaucoup plus large. On ne parle plus de « fonds » tout court ; on dit « un fonds de commerce ». Et par là on ne désigne plus seulement « les marchandises, métiers et autres ustensiles », mais un ensemble de choses beaucoup plus complexe ; non plus seulement des choses matérielles, mais aussi des choses incorporelles, achalandage, droit au bail, etc.

C'est encore dans cette acception très compréhensive que le mot est usité aujourd'hui. On désigne par là, d'une façon générale, l'ensemble des choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce.

Telle est du moins la définition que donnent la grande majorité des auteurs (2). Elle est d'ailleurs un peu vague, et il est nécessaire de la préciser en analy-

(1) Voir notamment le *Dictionnaire de l'Académie française*, édition de 1835, v^o *fonds*.

(2) V. MM. Lyon-Caën et Renault, *Traité de Droit com.*, t. III, 2^e édit., page 166. — Boistel, *Traité de Droit com.*, p. 294, n^o 429. — Lèbre, *Traité des fonds de commerce*, p. 1. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de Droit com.*, v^o *fonds de commerce*, t. IV, p. 355.

sant avec soin les différents éléments « qui se rattachent à l'exercice du négoce » et dont l'ensemble forme un fonds de commerce.

C'est à cette analyse que nous allons procéder.

Les éléments dont l'ensemble forme le fonds sont principalement l'achalandage, l'installation matérielle, l'enseigne et le nom commercial, la marque de fabrique ou de commerce, les marchandises en magasin et enfin le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce.

Si nous avons cité en première ligne *l'achalandage*, c'est qu'il est l'élément fondamental, caractéristique d'un fonds de commerce. On désigne sous ce nom la clientèle, c'est-à-dire l'ensemble des personnes obligées ou habituées à s'adresser au fonds en question. L'achalandage appelé aussi « pratique » est aux professions industrielles ou commerciales ce qu'est la clientèle aux professions dites libérales, celles d'avocat, de médecin par exemple. On comprend que ce soit là la partie essentielle d'un fonds de commerce, en l'absence de laquelle on ne concevrait même pas qu'il existât : car c'est par elle, par les débouchés qu'elle lui procure et qui manqueraient à celui qui fonderait un établissement nouveau, qu'un fonds de commerce a une valeur propre.

Viennent ensuite les éléments plutôt matériels qui servent à exploiter cette valeur incorporelle qui représente la clientèle acquise, l'achalandage. Ce sont les ustensiles, instruments, d'une manière générale tout le matériel d'exploitation garnissant les lieux où s'exerce le négoce.

Le fonds de commerce comprend aussi *l'enseigne*. « C'est une désignation emblématique ou nominale par laquelle la maison qui la possède se distingue des

autres maisons de commerce, se rappelle à l'esprit, frappe enfin et attire les regards (1). » C'est elle qui, en quelque sorte, individualise le fonds ; elle contribue à éviter aux yeux de la clientèle toute confusion entre l'établissement qu'elle désigne et d'autres similaires. A côté de l'enseigne et servant aussi à individualiser le fonds, se trouve le *nom commercial*. C'est le nom sous lequel la personne qui exploite un négoce ou une industrie, est connue sur les différentes places où elle traite, dans le monde du commerce : c'est presque toujours le nom patronymique du négociant. Il a, par sa notoriété, une importance capitale au point de vue de la clientèle : très souvent un fonds de commerce est plus connu par le nom de son propriétaire que par la désignation emblématique qui constitue l'enseigne proprement dite. Aussi comprend-on que le nom commercial soit un des éléments, et non des moindres, d'un fonds de commerce et qu'il soit compris dans la cession de celui-ci.

Toutefois, la loi française n'admet pas qu'une personne puisse faire le commerce sous le nom d'une autre (2). L'acheteur ne pourra donc continuer l'exploitation sous le nom de son prédécesseur : mais il aura le droit de se qualifier « successeur » de son vendeur ; d'apposer sur son enseigne, sur ses entêtes de lettres, etc., son propre nom en le faisant suivre des mots « successeur d'un tel », et de signer sa correspondance commerciale de la même manière.

La jurisprudence française sur ce point diffère de la législation allemande. D'après le code de commerce

(1) Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 696.

(2) Paris, 11 juillet 1867, *Recueil de jurisprudence* de Dalloz, 1867, 2^e partie, p. 170.

allemand, tout négociant a nécessairement un nom commercial sous lequel il exerce sa profession, qu'il met sur son enseigne, ses lettres, ses factures. Ce nom, appelé *firma*, et qui est en général le nom patronymique du commerçant, doit être inscrit par lui sur le registre du commerce (*handelsregister*) au moment même où il s'y fait immatriculer (1). Mais, cela fait, le nom commercial devient transmissible tel quel, intégralement, avec le fonds de commerce. C'est-à-dire que l'acquéreur de ce fonds peut, si son prédécesseur ne stipule pas le contraire dans le contrat de cession, continuer à exercer le commerce sous le nom de ce dernier, sous la même *firma* (art. 12 du code de com. allemand) sans y rien ajouter, sans placer avant le nom du vendeur les mots « successeur de ». Cette solution peut paraître au premier abord bizarre et de nature à tromper les tiers sur la qualité de celui avec qui ils contractent, à leur faire croire que le fonds n'a pas changé de mains, tandis qu'en réalité il a peut-être déjà fait l'objet de plusieurs transmissions. Mais ces transmissions doivent être, elles aussi, consignées sur le registre du commerce, de sorte que les tiers sauront, en s'y reportant, quel est le propriétaire actuel du fonds. Les intéressés sont prévenus ; ils savent que le fonds peut changer de titulaire sans que sa *firma* se modifie ; et par suite, s'ils veulent connaître le titulaire actuel, ils ne s'en rapporteront pas au nom patronymique qui forme la *firma* ; mais ils consulteront le *handelsregister* afin de voir à qui appartient le fonds de commerce correspondant à telle *firma* déterminée.

(1) On sait, en effet, qu'en Allemagne, toute personne qui veut faire le commerce doit, sous peine d'encourir une amende, se faire inscrire sur le *handelsregister*.

En France, au contraire, l'acquéreur ne peut user du nom commercial du vendeur qu'à la condition de le faire précéder des mots « successeur de ». Mais sous cette condition, et dans une mesure que nous aurons plus tard à préciser, le nom commercial fait partie du fonds et se transmet avec lui.

A l'enseigne et au nom commercial se rattachent, en quelque sorte, comme des compléments nécessaires, les *marques de commerce ou de fabrique*. Celles-ci ne servent plus à individualiser, à distinguer des autres le fonds lui-même, mais les produits qui en proviennent. Ce sont des signes distinctifs de la provenance des marchandises qui sont apposés sur ces marchandises elles-mêmes et en garantissent l'origine. « La marque, dit M. Calmels, est la garantie de la liberté commerciale, la protection du commerçant honnête contre le spoliateur. Née de la liberté du travail, elle assure à chacun le crédit, le renom qu'il a su acquérir (1) ». La marque de commerce et la marque de fabrique se distinguent en ce que la première est celle du débitant, tandis que la seconde est spécialement la marque de celui qui crée le produit, du fabricant. Qu'elle soit de commerce ou de fabrique, la marque est d'ailleurs toujours un des éléments du fonds. Celui-ci peut comprendre aussi les brevets d'invention exploités par le vendeur, ses dessins et modèles de fabrique.

Quant aux marchandises en magasins, aux produits sur lesquels porte l'exploitation commerciale ou industrielle de l'établissement, forment-ils un élément du fonds ? Rationnellement, on comprendrait qu'on les en distinguât. De même, pourrait-on dire, que le contenu

(1) Calmels, *Traité des marques de fabrique*, n° 2.

ne se confond pas avec le contenant, de même les marchandises qui sont renfermées dans le fonds, qui remplissent les magasins et attendent la clientèle ne se confondent pas non plus avec le fonds lui-même, c'est-à-dire avec cette clientèle et avec les locaux qui sont loués pour la recevoir. (Nous verrons en effet, tout à l'heure, que le droit au bail est compris parmi les éléments du fonds de commerce.) Et il semble que le législateur lui-même ait fait cette distinction : l'article 7 de la loi du 28 février 1872 que nous retrouverons dans notre titre VI, soumet à un droit de 2 % les mutations de fonds de commerce, c'est-à-dire, aux termes mêmes de ce texte « la vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres, servant à l'exploitation du fonds, à la *seule exception* des marchandises neuves garnissant le fonds. Ces marchandises ne seront assujetties qu'à un droit de 0 fr. 50 %... ». C'est donc, semble-t-il, que dans l'esprit du législateur de 1872, ces marchandises neuves en magasin, attendant la vente, sont bien distinctes du fonds lui-même.

En pratique, d'ailleurs, il arrive quelquefois que les commerçants font deux contrats, un pour le fonds, l'autre pour les marchandises en magasin (1).

Malgré ces arguments, on a l'habitude de comprendre les marchandises parmi les éléments du fonds de commerce. On invoque surtout, à l'appui de cette opinion, le sens historique du mot qui a commencé par désigner uniquement les produits en magasins (2); et on ajoute que, dans la définition donnée par l'Acadé-

(1) Cette pratique a pour but, nous le verrons (titre VI), d'éviter la perception de certains droits d'enregistrement.

(2) Voir plus haut, page 12.

mie française en 1835, et reproduite dans le cours du siècle par un grand nombre d'auteurs, le fonds de commerce comprend les marchandises.

Nous nous rallierons à cette opinion très généralement admise dans la doctrine, et qui n'a en somme pas grande portée pratique, puisqu'il s'agira avant tout d'interpréter la volonté des parties pour savoir si elles ont ou non compris les produits en magasins dans la cession du fonds ; mais, tout en nous ralliant à cette définition, nous remarquerons, dès à présent, que si les marchandises constituent un élément possible ou même normal du fonds de commerce, elles n'en sont pas du moins un élément essentiel et principal. On conçoit le fonds sans marchandises ; on ne le conçoit pas sans clientèle, sans achalandage.

On ne se l'imagine guère non plus sans un local où puisse se faire son exploitation. Aussi le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce est-il, lui aussi, un élément important du fonds. On comprend, en effet, que la prospérité d'un établissement industriel ou commercial soit intimement liée à sa situation dans tel ou tel quartier, dans telle ou telle rue d'une localité déterminée (1).

Nous avons ainsi énuméré les divers éléments qui entrent dans la composition d'un fonds de commerce. Chacun de ces éléments, pris individuellement, a une nature juridique qu'il est facile de déterminer. Tous sont mobiliers ; les uns, des meubles corporels, les autres, des meubles incorporels. Sont meubles *corpo-*

(1) Nous omettons à dessein de parler ici des *créances* et des *dettes* relatives à un fonds de commerce : nous nous réservons d'étudier cette question à propos des *obligations de l'acheteur* (Voir *infra*, chapitre II, section II.)

rels le matériel servant à l'exploitation du fonds et les marchandises qu'il renferme. Sont meubles *incorporels* l'achalandage, l'enseigne, le nom commercial, la marque et enfin le droit au bail de l'immeuble où est installé l'établissement. Lorsqu'on envisage chacun de ces éléments individuellement, il est donc aisé de savoir à quelles règles de droit il convient de le soumettre, si c'est aux règles qui gouvernent les meubles corporels ou à celles qui régissent les meubles incorporels.

Mais il ne suffit pas de se placer à ce point de vue purement analytique. La volonté du commerçant a établi entre ces différents éléments un lien qui les réunit en un tout, et ce tout constitue précisément le fonds de commerce. Il est donc nécessaire d'envisager cette face nouvelle, née de la synthèse des éléments précédemment analysés, de considérer le fonds de commerce en soi, comme une chose distincte, et de nous demander quel est, sous cet aspect, sa nature juridique.

C'est une *universalité* de fait, mobilière.

Que ce soit une universalité, cela ne paraît pas douteux. Le fonds de commerce a des caractères propres, il ne se confond pas avec les marchandises qui n'en sont qu'un élément. Quand celles-ci sont vendues, le fonds subsiste cependant dans son individualité, et la fidélité de la clientèle et par la conservation du matériel d'exploitation, et par le renouvellement des marchandises, par l'achat ou la fabrication de produits nouveaux qui viennent prendre dans le magasin la place de ceux qui ont été vendus. Aussi bien est-il inutile d'insister sur ce point, car tout le monde reconnaît que le fonds de commerce est une universalité.

Mais est-ce une universalité *de fait* (*universum corpus*) ou bien une universalité *de droit* (*universum jus*) ?

Avant de discuter la question, il convient d'en bien délimiter les intérêts pratiques. Nous éviterons ainsi des confusions et des inexactitudes de terminologie que certains auteurs et que la jurisprudence surtout n'ont pas toujours su ne pas commettre. Celle-ci, en effet, a cru nécessaire, pour justifier certaines solutions éminemment utiles et pratiques et que nous sommes les premiers à approuver, de considérer le fonds comme une universalité *juridique*. Or, c'est là, selon nous, un point de vue inexact. Nous approuvons tout à fait les solutions pratiques de la jurisprudence, mais nous croyons qu'elles se justifient très bien par l'idée d'une universalité *de fait*, sans qu'il soit nécessaire du tout de faire intervenir la notion d'universalité juridique. Et nous pensons même qu'il est très mauvais de recourir à ce principe, d'abord parce qu'il est juridiquement injustifiable, et en outre parce qu'il conduit logiquement à d'autres conséquences pratiques incompatibles avec notre législation actuelle.

Voici d'abord les solutions pour la justification desquelles la jurisprudence a cru nécessaire de faire intervenir l'idée que le fonds de commerce est une universalité juridique.

Dans une première espèce (1) il s'agissait de procéder à la vente publique d'un fonds de commerce composé comme nous l'avons dit précédemment, c'est-à-dire comprenant à la fois des meubles corporels et des meubles incorporels. Or, on sait que pour

(1) V. notamment *Cassation Req.*, 25 juin 1895, *Sirey*, 1898, I, 409.

la vente des meubles corporels, les commissaires-pri-seurs, greffiers et huissiers ont compétence concurrentement avec les notaires; tandis qu'au contraire, ces derniers ont le monopole des ventes publiques de meubles incorporels. Si donc on ne reconnaissait pas que le fonds de commerce est une universalité ayant une individualité propre, si on envisageait séparément chacun de ses éléments, il fallait décider que les uns (droit au bail, achalandage, enseigne) seraient vendus par un notaire, alors que les autres (marchandises, matériel) pourraient l'être par un commissaire-pri-seur, un greffier ou un huissier. Cette scission eût offert, évidemment, les plus grands inconvénients pratiques. Pour les éviter, la jurisprudence a décidé que le fonds était une universalité juridique dont la nature était une et devait s'apprécier d'après celle des éléments principaux qui le composent; que par conséquent cette compétence appartenait pour la vente du tout au même officier public (1). La réponse nous paraît fort exacte; mais inexact le principe juridique sur lequel elle repose. Est-il donc nécessaire, pour reconnaître à un tout une nature propre et distincte de celle de chacun de ses éléments, de déclarer que ce

(1) Quant à savoir quels sont les éléments principaux d'un fonds de commerce, on conçoit deux réponses à cette question : pour les uns, l'élément principal d'un fonds est toujours un meuble incorporel (en ce sens : Cass., 23 mars 1836, S. 36, I, 161) pour la vente duquel les notaires sont seuls compétents. Pour d'autres, au contraire, ce serait une question de fait et il faudrait, selon les cas, attribuer compétence exclusive ou au notaire, ou au greffier, etc., concurrentement avec lui, selon qu'en fait l'achalandage et le droit au bail auraient plus de valeur que les marchandises, ou selon que ce serait l'inverse (Lyon, 10 nov. 1896. *Loi* du 16 janvier 1897). Nous retrouverons d'ailleurs cette discussion,

tout constitue une universalité juridique ? Non pas ; et la réponse sur ce point doit être identiquement la même, quand on ne reconnaît à ce tout que le caractère d'une universalité de fait (*universum facti*). Celle-ci comme celle-là est parfaitement distincte des éléments qui entrent dans sa formation. Il suffit donc, pour justifier la solution de la jurisprudence, de voir dans le fonds de commerce un *universum corpus*. A cet égard, et quoi qu'en paraissent dire certains arrêts, la question n'importe pas.

Elle n'importe pas davantage au point de vue de la manière dont s'exerce le droit d'usufruit sur un fonds.

Du moment qu'on y voit une universalité, cela suffit : le fonds de commerce ne doit pas être rangé parmi les choses qui se consomment par le premier usage, ni parmi les choses fongibles. La qualité d'universalité qu'on reconnaît au fonds justifie cette solution, sans qu'il y ait à distinguer à cet égard entre l'*universum corpus* et l'*universum jus*. Ne serait-ce que comme universalité de fait, le fonds subsiste, survit à la vente des produits, tant par la conservation du matériel d'exploitation et par la fidélité de la clientèle que par le renouvellement des marchandises.

C'est un corps certain, non fongible et qui ne se consomme pas non plus *primo usu*. De là découlent des conséquences fort importantes, mais qui se rattachent, nous le répétons, aussi bien à l'idée d'un *universum corpus*, d'une universalité de fait, qu'à la notion d'universalité juridique :

D'abord, lorsqu'un usufruit est constitué sur un fonds de commerce, à moins de convention contraire, il s'agit d'un véritable usufruit, et non pas d'un quasi-

usufruit (1). Le fonds ne devient donc pas la propriété de l'usufruitier ; il ne peut pas le vendre. — Et, en cas de faillite de l'usufruitier, le nu-propiétaire pourrait, non seulement produire à la faillite pour la valeur de celui-ci, mais encore la revendiquer en nature. Il est en effet resté propriétaire du fonds. — Mais toutes ces conséquences doivent être admises, nous insistons sur cette idée, aussi bien quand on ne voit dans le fonds qu'un *universum corpus*, que quand on y voit un *universum jus*. Nous n'avons donc pas encore trouvé l'intérêt pratique de la controverse.

Existait-il du moins, avant la loi du 1^{er} mars 1898, au point de vue de la dation en nantissement du fonds ? Nous ne le croyons pas. Assurément si l'on considérait individuellement, séparément chacun des éléments de ce fonds, puisqu'il y avait parmi eux des meubles corporels, leur constitution en gage supposait la mise en possession du créancier gagiste ; tandis que si l'on considérait le fonds comme une universalité et que, de plus (point que nous examinerons plus tard) on vît dans cette universalité un meuble *incorporel*, la dation en nantissement était possible, de même que pour les créances, en dehors de toute prise de possession effective et par simple signification au bailleur de l'immeuble où s'exploitait le fonds. Mais cette dernière solution était admissible, aussi bien si l'on voyait dans le fonds de commerce une

(1) V. Marcadé, sur l'art 581, n° 2 et sur l'art. 1553, n° 1. — Troplong, *Contrat de mariage*, 3162. — Demolombe, *Droit civil*, X, 3078. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, I, 1343. — Aubry et Rau, *Droit civil*, II, § 236. — Laurent, *Droit civil*, VI, 420. — *Cassation req.*, 8 novembre et 13 décembre 1812, S. 43, I, 22 et 33. — *Cassation*, 20 février 1894, S. 95, I, 102 et la note de M. Wahl.

universalité de fait que si l'on voyait une universalité de droit (1). A cet égard encore la question n'importe donc point. D'ailleurs la loi du 1^{er} mars 1898 précise aujourd'hui les formalités à remplir pour donner le fonds à gage.

Toutes les solutions que nous avons examinées jusqu'à présent sont donc conciliables aussi bien avec l'idée d'une universalité de fait qu'avec celle d'universalité juridique. Ne trouverons-nous donc point un intérêt pratique à la question ? En voici un et fort important :

Si le fonds de commerce est, comme une succession, une universalité de *droit* (*universum jus, nomen juris*), il comprend à la fois l'actif et le passif, les créances, mais aussi les dettes qui se rattachent à l'exploitation de l'établissement. De sorte que lorsque l'acte de vente ne s'exprime pas sur ce point d'une manière formelle, l'acquéreur est censé avoir pris les dettes à sa charge. Si au contraire le fonds n'est qu'une universalité de *fait*, comme on ne saurait dans notre droit français sous-entendre une succession aux cré-

(1) La jurisprudence de la cour de cassation et des cours d'appel d'une part, et celle des tribunaux de commerce d'autre part, étaient sur ce point en opposition formelle. Les premières admettaient le gage sans dessaisissement, par simple signification de la cession de bail ; elles se fondaient pour cela sur ce que le fonds de commerce est une universalité juridique. (Sirey 1897, II, 89, note de M. Wahl). Mais, comme nous le disons au texte, il nous semble que cette solution pouvait être soutenue même par ceux qui n'y voient qu'une *universitas facti*. — Aussi bien n'insistons-nous pas sur ce point : d'abord parce qu'il ne rentre pas directement dans notre sujet qui porte uniquement sur les cessions de fonds ; et en outre parce que la loi du 1^{er} mars 1898 a tranché pratiquement la question.

Conf. sur cette loi : Magnier et Pruvost, *Nantissement sur les choses incorporelles*, et Blaisat : *Thèse*, Paris 1897.

ances ou aux dettes à titre particulier, les unes et les autres, sauf convention contraire absolument formelle, restent sur la tête du vendeur du fonds et ne passent pas à l'acquéreur. La cession du fonds ne comprend *de plano* ni les créances ni les dettes se rattachant à l'établissement (1).

Quant à nous, nous estimons que cette dernière solution est la plus exacte, car nous ne saurions voir dans le fonds de commerce une *universitas juris* ; nous n'y voyons qu'une universalité de fait.

C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

Un fonds de commerce ne pourrait être considéré comme une universalité juridique que s'il était regardé par la loi abstraction faite des éléments qu'il comprend et s'il présentait comme tel des caractères juridiques. Car, qu'est-ce qui singularise pour ainsi dire l'universalité juridique ? N'est-ce pas d'avoir une existence qui lui est propre ? Aussi est-ce avec raison que l'hérédité est ainsi qualifiée. En effet, elle est par elle-même susceptible d'une prescription qui n'est nullement liée à celle des éléments qui la composent (art. 789, code civil.)

Mais un fonds de commerce comprenant l'achalandage, le droit au bail, les marchandises et le matériel, ne saurait être évidemment acquis par prescription. Par conséquent, on ne peut pas lui attribuer le même caractère d'universalité juridique.

« Nous ne voyons pas trop pourquoi, a dit fort

(1) V. Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, 3160-63.— Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. 403.— Aubry et Rau, *op. cit.* II § 236, 2^o p. 526. — Lèbre, *op. cit.* n^o 2, p. 2. — Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, III, p. 171.

exactement M. Thaller (1), l'on veut à toute force y voir une universalité juridique. Nous y trouverions un assemblage de valeurs qui, les unes, comme la clientèle, ont une nature immatérielle, tandis que d'autres, telles que les marchandises, sont des meubles corporels. La volonté des parties peut réunir dans un contrat tous ces éléments ensemble, mais rien n'empêche non plus de traiter isolément chacun d'eux. »

Qu'est-ce donc que le fonds de commerce ?

C'est simplement une réunion d'objets, mobiliers ou immobiliers, que les parties ont l'intention de posséder ensemble ; c'est en un mot l'*universitas rerum*, des Romains (2), mais qui est toute différente de l'hérédité qui est, elle, une universalité de *droit* et non de *fait*, une *universitas juris* (3).

Cette doctrine rallie d'ailleurs les suffrages de tous les auteurs et les jurisprudences étrangères la consacrent sans hésitation (4).

Quant à la jurisprudence française, elle ne paraît pas très fixée sur ce point. Elle se sert bien, dans ses arrêts, de l'expression « universalité juridique » pour désigner le fonds de commerce (5). Mais elle ne tire de là que des conséquences qui, nous l'avons vu, peuvent aussi bien se justifier avec la notion d'universalité de fait. Et au contraire, quand il s'agit de consacrer

(1) *Annales de droit com.* 1889, p. 222. — *Conf.* Magnier et Pruvost, *op. cit.*, p. 62.

(2) V. Loi 1, § 3, *Digeste : De rei vindicat.* liv. 6, tit. 1^{er}. — L. 30, § 2. *Digeste ; De usurp. et usuc.* liv. 44, tit. 3.

(3) L. 19, *Pr. Digeste : De hered. petit.*, liv. 5, tit. 3.

(4) Cour d'appel de Bologne, 8 juin 1888, *Foro italiano*, 88, p. 940.

(5) V. par exemple : Cass. 13 mai 1888, S. 88. I. 302,

crer la seule conséquence qui, en définitive, soit caractéristique, de l'*universitas juris*, c'est-à-dire quand il s'agit d'admettre que l'acquéreur devient titulaire *de plano*, même en l'absence de clause expresse, des créances et des dettes attachées au fonds, alors la jurisprudence recule; elle n'admet pas cette conséquence de l'universalité juridique, semblant bien ainsi, quoiqu'on en ait dit, se rallier en somme à l'opinion qui ne voit dans le fonds de commerce qu'une universalité de fait (1).

Quelle est la nature juridique du fonds ainsi envisagé comme un tout, comme un *universum corpus*? Cette universalité de fait est un *meuble* et un *meuble incorporel*.

Elle est un meuble, puisque tous les éléments (depuis l'achalandage jusqu'aux marchandises) qui entrent dans sa composition sont mobiliers (2). Ce dernier point ne saurait faire doute.

Il est un peu plus difficile de savoir si c'est un meuble corporel ou incorporel : car, dans cette universalité entrent à la fois des éléments incorporels comme l'achalandage, le droit au bail, et des éléments corpo-

(1) Voir sur ce point un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 1^{er} décembre 1886 (*le Droit*, n° du 10 décembre 1886), qui n'admet pas que les dettes relatives au fonds soient comprises *de plano* dans la vente de celui-ci consentie après faillite du vendeur. — En Allemagne, la solution est différente, mais cela tient à des théories allemandes spéciales sur les transmissions du nom commercial et sur la cession de dettes. Nous traiterons d'ailleurs cette question avec plus de détail dans notre titre III, à propos des obligations de l'acheteur du fonds.

(2) Il arrive parfois, il est vrai, que le matériel d'un fonds de commerce se trouve immobilisé par destination : mais le fonds n'en reste pas moins un meuble, car il est distinct du matériel.

rels comme les marchandises et le matériel d'exploitation. Il convient évidemment de faire prédominer les éléments principaux pour attribuer au tout le caractère juridique qui leur appartient. Or, parmi les éléments constitutifs d'un fonds, ceux qui ont la plus grande importance sont incontestablement les éléments mobiliers *incorporels*. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'achalandage est le principe même, la raison d'être du fonds de commerce ; tandis que celui-ci peut exister à la rigueur sans marchandises, sans matériel d'exploitation et même sans droit au bail, on ne le conçoit pas en l'absence d'une clientèle, d'une « pratique », comme on dit dans le commerce. Outre que l'achalandage est le fondement, la base même du fonds et doit par conséquent lui imprimer son propre caractère de chose incorporelle, on peut ajouter d'ailleurs que les éléments incorporels sont les plus nombreux : achalandage, enseigne, nom commercial, marques, dessins, brevets, droit au bail l'emportent, aussi bien par le nombre que par l'importance, sur les marchandises et le matériel d'exploitation.

Ce qui peut faire hésiter, c'est que, dans certaines entreprises, la valeur vénale du mobilier est très considérable. Mais, en définitive, le mobilier ne vaut, comme productif d'émoluments pécuniaires, qu'autant que l'établissement lui-même a de la valeur, d'abord et surtout par sa réputation, sa clientèle, son achalandage et ensuite par son droit à un bail dans un immeuble favorable et bien situé.

Se plaçant à ce point de vue, MM. Lyon-Caën et Renault ont dit très exactement : « On doit ranger le fonds de commerce parmi les meubles incorporels ; l'achalandage ou droit à la clientèle a évidemment ce dernier caractère, et les autres objets compris dans le

fonds de commerce sont un accessoire de l'achalandage. » (Traité, III, n° 240). Nous pensons donc qu'à raison du caractère fondamental et essentiel de l'achalandage, il faut toujours considérer le fonds de commerce comme un meuble incorporel (1).

Quant à la jurisprudence, elle ne paraît pas adopter le principe précédent d'une manière absolument générale. Elle semble plutôt divisée sur ce point en deux courants : le premier, conformément à la théorie à laquelle nous nous rallions, décide que l'achalandage est toujours l'élément essentiel, quelle que soit la valeur vénale des marchandises et décide par suite que le fonds a toujours le caractère de meuble incorporel (2). Le second prétend que la question doit être tranchée chaque fois en fait, d'après la valeur pécuniaire respective de l'achalandage et du droit au bail d'une part, et des marchandises et du matériel de l'autre. Si, en fait, après expertise, ces derniers éléments représentaient la valeur la plus forte, il faudrait

(1) Demolombe, *op. cit.* IX, n° 274. — Aubry et Rau, *Droit civil*, II, § 165, p. 21 et 22. Laurent, *Princ. de dr. civil*, V, n° 513. Dalloz, *Répert. de jurisprudence*, v° Biens, p. 68. Dans l'ancien droit, au contraire, le fonds de commerce était généralement considéré comme un immeuble fictif ; il en était ainsi du moins des fonds érigés en offices ; voir Pothier, *tr. des choses*, art. 2, § 2 ; *tr. de la communauté*, n° 91. Ferrières, sur l'art. 95 de la coutume de Paris. Cette immobilisation pouvait s'expliquer soit par l'étymologie du mot fonds (*fundus*, voir ce que nous disons dans notre introduction sur ce point), soit plutôt par cette tendance de notre ancien droit à immobiliser fictivement un grand nombre de biens, mobiliers par nature, afin de leur étendre les règles protectrices de la fortune immobilière.

(2) En ce sens : Riom, 30 mars 1892, S. 94, II, 237.

reconnaître au fonds le caractère de meuble corporel (1).

Il est intéressant de signaler les conséquences qui résultent du caractère de meuble incorporel que nous reconnaissons au fonds de commerce :

1° Sous le régime de la communauté légale, un fonds de commerce appartenant à l'un des époux avant le mariage, ou qu'il acquiert à titre onéreux, ou qui lui échoit pendant le mariage à titre de succession ou de donation, tombe dans la communauté (2).

2° Un fonds de commerce n'est pas susceptible d'hypothèque. Mais il pouvait être donné en gage, par simple signification de cession de bail, et sans prise de possession effective ; car cette dernière condition ne concerne que les meubles corporels. Nous signalons en passant cette conséquence qui importait beaucoup avant la loi du 1^{er} mars 1898, mais qui n'offre plus aujourd'hui d'intérêt pratique, puisque cette loi détermine avec précision les formalités à remplir pour la dation en nantissement.

La détermination de la nature juridique du fonds de commerce à laquelle nous venons de procéder nous servira souvent dans la suite de ces développements. Nous trouvons à l'utiliser tout de suite dans une remarque de terminologie. Pour désigner les transmissions moyennant un prix du fonds de commerce, des auteurs emploient le mot « vente », d'autres le mot

(1) En ce sens : Lyon, 23 mars 1893, S. 94, II, 237. — Cass., 25 juin 1895, S. 95, I, 409 et S. 1897, II, 89, avec la longue note de M. Wahl.

(2) En ce sens : Aubry et Rau, V, § 507, p. 286. Cour de Paris, 22 mars 1834, S. 34, II, 190. Cass. req., 29 nov. 1842, S. 42, I, 899.

« cession », d'autres enfin se servent indifféremment de l'une ou de l'autre expression. A notre sens, puisqu'il s'agit d'un meuble incorporel, la seule expression réellement exacte est celle de *cession* (1), et c'est pourquoi nous avons libellé notre sujet non pas *des ventes*, mais *des cessions à titre onéreux de fonds de commerce*.

Comme tout autre élément de notre patrimoine, un fonds de commerce peut cependant faire l'objet, non seulement d'une vente *privée*, mais encore d'une vente *aux enchères publiques*. Cette dernière sorte de vente est d'ailleurs tantôt facultative, tantôt obligatoire pour le vendeur. Il peut d'abord y recourir afin d'obtenir un prix plus élevé : on ne saurait en effet appliquer aux fonds de commerce, meubles incorporels, les règles restrictives de la loi du 25 juin 1841 sur les ventes publiques de marchandises neuves (2) ; le fonds n'est pas une marchandise ; elles peuvent figurer dans sa composition, mais il est autre chose. Dans d'autres hypothèses, la forme de la vente aux enchères publiques sera obligatoire pour céder le fonds de commerce. Il en sera ainsi, par exemple, quand il s'agira de procéder à la vente d'un fonds provenant d'une saisie-exécution (art. 617 du C. procéd. civ.), ou appartenant à des mineurs (3) ou à des interdits (art. 452 et 509 du C. civ.), ou dépen-

(1) Il est incorrect de dire *vente de créances*, l'expression consacrée est *cession de créances*.

(2) En ce sens : Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, III, n° 255.

(3) Remarquons que la vente du fonds de commerce appartenant à un mineur, par exemple du fonds qu'il recueille par succession, sera d'autant plus fréquente que, chez nous, le tuteur ne peut pas faire le commerce pour son pupille et continuer l'exploitation du fonds.

dant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou d'une succession vacante (art. 796 et 813 C. civ.), ou appartenant à un débiteur qui a fait cession de biens (art. 1269 C. civ. et 904 C. procéd. civ.), ou enfin un fonds à liciter entre copropriétaires dont quelques-uns ne sont point majeurs ou maîtres de leurs droits (art. 1686 C. civ.).

Dans tous ces cas, il sera nécessaire de recourir à une vente aux enchères. De ces ventes publiques de fonds de commerce, nous n'avons pas l'intention de nous occuper avec détail dans cette thèse. Nous les avons signalées tout de suite afin de faire connaître notre dessein à leur égard et nous n'en parlerons plus désormais qu'accidentellement, si le cours naturel de nos explications nous conduit à examiner en passant quelque question qui y soit spécialement relative.

Toutefois, il convient de remarquer que plusieurs des difficultés soulevées par les ventes de fonds privées, se présentent aussi pour les ventes publiques ; et, par suite, les solutions que nous adopterons quant aux premières devront être transportées aux secondes. Ainsi, la question capitale de savoir si l'achat et la vente d'un fonds de commerce sont des actes commerciaux ou des actes civils se pose dans les mêmes termes pour les ventes privées et pour les ventes publiques.

C'est cette question capitale, rayonnant sur toute la matière, qu'il nous faut maintenant examiner.

CHAPITRE II

**Nature juridique du contrat de cession. Est-ce
un acte civil ou un acte commercial?**

Pour arriver plus facilement à résoudre cette question, il ne nous semble pas inutile de rappeler brièvement les principes juridiques qui régissent *la théorie des actes de commerce*.

Les auteurs divisent ces actes en deux catégories :

1° Les uns sont commerciaux *par eux-mêmes* et indépendamment de la qualité de la personne qui les a faits, quand même elle ne serait pas un commerçant ; tels sont ceux énumérés dans les articles 632 et 633 du code de commerce.

2° Les autres sont *réputés commerciaux* à raison de la qualité de leur auteur, parce qu'il est commerçant : les articles 631 1° et 638 al. 2, énumèrent des cas de ce genre.

Mais il est des actes dont la nature juridique est plus complexe : nous faisons allusion à ceux qui ont pour l'une des parties le caractère *commercial*, pour l'autre le caractère *civil*. A raison de la complexité de leur nature, ces actes sont appelés *actes mixtes* : on se demande s'il convient de leur appliquer les règles du

droit commercial, et, s'il y a lieu, dans quelle mesure.

1^o En ce qui concerne les actes commerciaux *ex re*, les uns n'ont en eux-mêmes aucun caractère déterminé ; ils sont civils ou commerciaux suivant l'intention qui a présidé à leur accomplissement. Tels sont par exemple les actes les plus usuels : ventes, achats, louages ; les achats ne constituent des actes de commerce que s'ils sont faits pour revendre. Les autres, au contraire, sont commerciaux d'eux-mêmes, par essence, abstraction faite de l'intention de celui qui les accomplit et du but qu'il se propose. Ainsi en est-il des opérations de change, des opérations maritimes.

Les articles 632 et 633 donnent des actes de commerce *ex re* une énumération que l'on considère comme limitative. Dans le cas où il y a doute sur le caractère civil ou commercial d'un acte, la question doit être tranchée dans le sens du caractère civil (1).

2^o Quant aux actes *réputés commerciaux* à raison de la qualité de leur auteur, ou *ex persona*, nous savons que là loi n'en parle pas ; elle suppose leur existence dans les art. 631 1^o, 632 § av. dern. et 638 al. 2. Les commerçants font de nombreux actes non compris parmi ceux énumérés par les art. 632 et 633. Ces actes sont-ils civils ou commerciaux ? Quels caractères attribuer aux obligations qui en résultent ? A cet égard, les dispositions du code de commerce ne sont ni claires ni précises. On admet généralement qu'en cas de doute sur la nature d'une opération faite par un commerçant, il faut présumer qu'elle est faite pour les besoins de son commerce et partant, par application de la *théorie de l'accessoire*, qu'elle cons-

(1) Lyon-Caën et Renault, *Tr. de droit com.*, 2^e édit., I, n^o 104. Cf. : Poitiers, 7 janvier 1856, D. 56, 2, 84, S. 56, 2, 556.

titue un acte de commerce (1). Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire qu'on serait admis à faire valoir de toutes manières. Telle est brièvement exposée la théorie des actes de commerce.

Essayons maintenant de faire l'application de ces principes aux cessions de fonds de commerce. Voyons à quelles solutions ils conduisent.

1^o Envisageons tout d'abord la question à l'égard du *vendeur* ; l'acte de cession qu'il accomplit constitue-t-il un acte civil ou commercial ?

Une sous-distinction s'impose :

a) S'agit-il d'un vendeur *non-commerçant*, tel par exemple celui qui cède un fonds qu'il a recueilli par succession ou par donation ? Sans aucun doute, notre cédant n'accomplit pas là un acte de commerce. Par hypothèse, il n'a pas le caractère d'acte commercial *ex persona*, puisque le vendeur n'est pas commerçant. Peut-on lui reconnaître le caractère d'acte commercial *ex re*, en vertu des articles 632 et 633 ? Pas davantage : car cet acte ne rentre pas parmi ceux que ces textes énumèrent.

L'acte accompli par notre vendeur est donc purement *civil*.

b) Supposons au contraire l'acte de cession fait par un vendeur *commerçant*. C'est le cas ordinaire. Les règles de la commercialité *ex persona* trouvent incontestablement leur application. En effet, l'acte est commercial, car il émane d'un commerçant (art. 638 § 2) et se rattache étroitement à son commerce (art. 638 § 1^{er}) ; il en constitue le dernier acte, l'acte final.

(1) *Sic* : Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, I, n° 168. Cf : *loi belge* du 15 déc. 1872 ; *ancien code de com. allemand*, art. 274 ; *code de com. hongrois*, art. 261.

La vente par un commerçant d'un établissement commercial ne peut donc être qu'un acte de commerce.

2° Par rapport à l'*acquéreur* d'un fonds de commerce, la question ne fait pas de difficulté lorsque l'achat émane d'un *commerçant* et qu'il a pour but le développement de son commerce, comme dans le cas d'acquisition d'un fonds pour le fermer et supprimer ainsi un concurrent gênant. La théorie de l'accessoire s'applique évidemment à cette hypothèse.

Pas de difficulté non plus quand il s'agit d'une personne, même *non-commerçante*, qui achète un fonds de commerce pour le revendre : c'est un achat pour revendre, c'est-à-dire un acte de commerce *ex re* (art. 632, 1^{er} alinéa).

Au contraire, la question peut paraître délicate à trancher quand il s'agit de déterminer la nature de l'acte accompli par un *non-commerçant acquéreur* d'un fonds de commerce pour l'*exploiter et non pour le revendre*. Y a-t-il là un acte civil ou commercial ?

La doctrine est loin de s'accorder sur la solution à donner à notre hypothèse.

Des auteurs considérables (1) affirment la commercialité de l'acte accompli par l'acquéreur : l'achat du fonds de commerce, disent-ils, constitue le premier acte du commerce qu'il entreprend ; et, bien qu'ils ne puissent, si l'on raisonne d'une manière strictement logique, invoquer *la théorie de l'accessoire* en vertu de laquelle un acte accompli par un commerçant est

(1) V. Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, t. n° 154 et suiv. — Alauzet, *Commentaire du code de commerce*, 3^e édit., n° 2023 et 2968. — Demangeat et Bravard-Veyrière, *Traité de droit commercial*, t. VI, p. 330 et suiv. — Bédarride, *Juridictions commerciales*, n°s 213 et 214.

commercial, puisque, par hypothèse, notre acquéreur n'est pas encore commerçant quand il achète son fonds, il leur « paraît pourtant plus exact, à raison du lien étroit qui unit l'achat du fonds à l'exploitation du commerce, de reconnaître à cet achat le caractère d'acte de commerce ».

Telle est l'argumentation de ceux qui soutiennent le caractère commercial de l'acte d'acquisition fait dans les conditions que nous supposons. D'arguments solidement édifiés sur le terrain juridique, nous n'en trouvons trace et pour cause. Et en effet, voyons à quelle solution ils conduisent ?

Quoiqu'on en dise, l'acte dont il s'agit n'est pas commercial *ex persona* (l'opinion précédemment exposée est obligée elle-même de le reconnaître) puisqu'il émane d'une personne qui n'est pas encore commerçante quand elle l'accomplit.

C'est donc alors que la commercialité tiendrait à la *nature* de l'acte qui rentrerait dans l'un des cas énumérés *limitativement* par les articles 632 et 633 du code de commerce ? On n'ose le dire expressément : car on sait fort bien que si la loi a commercialisé l'achat pour revendre, elle n'a pas commercialisé l'achat pour *exploiter*.

Or, quand on est en dehors des termes de la loi commerciale, on rentre dans le droit commun qui est le droit civil.

Donc l'acte d'un *non-commerçant* achetant un fonds de commerce, non pour le revendre, mais pour l'*exploiter*, constitue un acte *civil* (1).

(1) En ce sens : M. Bailly, professeur et doyen de la Faculté de Droit de Dijon. — Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*. V^o *Acte de commerce*, n^o 83. Paris, 23 avril 1828, S. 28, p. 139. — 5 juillet 1844, D. 44, IV, 7.

Telle nous paraît être la seule solution dictée par les principes juridiques et nous ne comprenons pas que la doctrine soit divisée sur la solution de notre question.

Quant à la jurisprudence, son sentiment est loin d'être fixé d'une façon absolue (1).

Jusqu'en 1861 la cour de cassation et même encore en 1869 la cour de Paris ont décidé que l'acte ne pouvait être commercialisé. Mais depuis, s'est produit un complet revirement dont la dernière manifestation, à notre connaissance, date du 23 juillet 1897 (2).

Dans notre cas, comme dans bien d'autres, ce sont des raisons d'utilité pratique qui ont conduit les cours et tribunaux à cette solution consacrée, on peut le dire, en violation des principes juridiques. Nous sommes amenés par là même à montrer l'intérêt qu'il y a à déclarer cet acte d'acquisition civil ou commercial.

L'intérêt pratique se présente aux points de vue suivants que nous nous contentons de signaler quant à présent d'une façon rapide ; car nous aurons à y revenir dans la suite de ces développements.

1° Si le contrat de cession est commercial, ce sont les tribunaux de commerce et non les tribunaux civils qui connaîtront des difficultés auxquelles il pourra

(1) Cass. req. 24 avril 1862, D. 61. I. 256. — Cour de Paris, 7 février et 30 juillet 1870, D. 72. II, 16 et 43. — Cass. 7 novembre 1879, S. 81, t. 43. — D. Répertoire, V° Actes de commerce, n° 41.

(2) Trib. com. Lyon, 23 juillet 1897, *Moniteur judiciaire* du 4 août.

Cependant, sous la réserve que nous venons de faire, nous suivrons la jurisprudence dans les déductions qui résultent du caractère *commercial* qu'elle attribue à l'achat, par un non-commerçant, d'un fonds de commerce pour l'exploiter.

donner lieu. Cette compétence des tribunaux de commerce paraît d'ailleurs présenter pratiquement un avantage incontestable : la solution des difficultés que soulèvent les cessions de fonds de commerce dépend beaucoup plus souvent des usages commerciaux que de l'interprétation d'un texte de la loi écrite. Or, tandis que les juges civils ignorent ou connaissent fort mal les usages commerciaux, au contraire, par leur situation même, les juges consulaires les connaissent fort bien et ont une aptitude spéciale pour en comprendre l'esprit et les interpréter.

2° La capacité nécessaire pour figurer dans une vente de fonds de commerce variera selon qu'on y voit un acte civil ou un acte commercial ; car la capacité n'est pas la même pour faire des actes civils ou des actes commerciaux.

3° La preuve de la cession pourra se faire très différemment selon qu'elle est un acte civil ou un acte de commerce : l'art. 109 du code de commerce établit en effet, en matière commerciale, des règles de preuve très différentes de celles qu'édictent les articles 1342 et suivants du code civil en matière civile. Ainsi, pour la vente commerciale, tous les modes de preuve sont admis, même la preuve par témoins au-dessus de 150 fr. (art. 109 c. com.).

Ces trois intérêts pratiques de la question sont en général les seuls que l'on signale. Nous croyons exact et utile d'en ajouter un quatrième :

L'autorité des usages n'est pas la même dans la vente civile et dans la vente commerciale. La vente civile est réglementée minutieusement par le législateur (art. 1582-1701 c. civ.), tandis qu'au contraire les textes relatifs à la vente commerciale sont excessivement rares. Pour celle-ci, il faudra donc souvent com-

bler les lacunes que laisse subsister l'insuffisance des textes. Or, pour cela, on doit recourir d'abord aux usages commerciaux ; et ce n'est que s'ils font défaut qu'on applique les art. 1582 et suivants du code civil. Tandis que ces textes forment le droit commun en matière de vente civile, qu'ils sont applicables en première ligne, au contraire lorsqu'il s'agit d'une vente commerciale, on ne les applique que subsidiairement, qu'en l'absence d'usages commerciaux (1).

Au point de vue de l'ordre dans lequel on doit appliquer l'usage et le droit civil, au point de vue du rôle respectif de ces deux sources du droit, il importe donc aussi de savoir, quand on se trouve en face d'une cession de fonds, s'il s'agit d'une vente civile ou d'une vente commerciale.

Ce que nous avons dit sur la nature juridique de la cession (qui, sauf dans un cas, est toujours un acte de commerce), serait-il exact de la *dation en paiement* d'un fonds de commerce ? Nous ne pouvons pas donner sur ce point de solution de principe : soumise aux règles générales qui gouvernent les différents modes d'extinction des obligations, la dation en paiement tirera son caractère de celui même de la dette qu'elle a pour objet d'éteindre.

Faite en paiement d'une dette commerciale, la dation sera incontestablement de même nature ; à l'inverse, si elle est accomplie en vue de l'extinction

(1) Lyon-Caën et Renault, t. I, n^{os} 77 et suiv. — N^o 82 *in fine* : « Quel est le rôle respectif des usages et du droit civil dans le jugement des affaires commerciales ? Les premiers doivent l'emporter sur le second toutes les fois qu'ils ne se heurtent pas à une disposition impérative ou d'ordre public. »

d'une dette civile, elle aura le caractère de cette dette.

La cour de cassation a fait une intéressante application de ces règles à l'espèce suivante : elle a jugé (1) que la dation en paiement d'un fonds de commerce, faite par un mari à sa femme et ayant pour cause la restitution de sa dot, n'est pas un acte commercial ; que c'est en se fondant sur ce principe et conformément à l'art. 1341 du code civil que l'arrêt attaqué déclare P... non recevable à prouver par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu en l'acte du 20 février 1877.

(1) Cass. Req., 17 janvier 1882, S. 83. I. 128.

TITRE II

Conditions de validité du contrat de cession. — Preuve

La cession d'un fonds de commerce est un contrat consensuel, car nul texte ne le soumet à l'observation de formes solennelles ; et un contrat synallagmatique, puisque chacune des parties s'oblige envers l'autre (art. 1582 et 1101 du c. civ.). — Comme nous l'avons dit, elle constitue d'ailleurs le plus souvent un acte de commerce. Elle sera donc soumise, quant à sa validité, aux règles générales des contrats commerciaux, plus précisément aux règles de la vente commerciale qui est le type des contrats commerciaux. Or, ces conditions de validité se réfèrent au consentement des parties et à leur capacité — à l'objet du contrat — et à sa forme, pour les ventes publiques de fonds de commerce. Lorsque ces conditions sont remplies, la cession est juridiquement valable.

Mais au point de vue pratique, pour qu'un contrat soit efficace, pour que les cocontractants puissent en obtenir l'exécution, il ne suffit pas que la convention existe juridiquement ; il faut en outre que les parties

rapportent la preuve de son existence. Pratiquement, la question de preuve est liée d'une manière intime à la question de validité. Aussi serons-nous amené, après avoir examiné les conditions de validité de la cession, à rechercher par quels moyens les intéressés peuvent l'établir.

Nous consacrerons donc un premier chapitre aux conditions de validité ; un second à la preuve.

CHAPITRE PREMIER

Conditions de validité du contrat de cession

Nous savons déjà que ces conditions se réfèrent :

- 1° Au consentement des parties ;
- 2° A leur capacité ;
- 3° A l'objet du contrat ;
- 4° A la forme (quand il s'agit de ventes publiques de fonds de commerce).

Nous passerons en revue successivement ces quatre conditions.

1° *Consentement des parties.* — La cession de fonds de commerce obéit à cet égard aux règles ordinaires du contrat de vente. Elle est donc parfaite quand le vendeur et l'acheteur sont tombés d'accord sur la chose et sur le prix. On n'a qu'à faire ici l'application du droit commun : aussi, n'insisterons-nous pas, ni sur la théorie de la cause, ni sur celle des vices du consentement, du moins lorsqu'ils consistent dans la violence et l'erreur. Nous ne donnerons quelques développements que sur deux points :

- 1° Sur le dol ; 2° sur le moment précis où se noue

le contrat, dans quelques cas difficiles, notamment quand il se forme par correspondance.

A. — *Dol*.

L'usage de manœuvres frauduleuses pour vicier le consentement de l'acheteur n'est que trop fréquent en matière de vente de fonds de commerce et lorsqu'elles auront été habilement déguisées, l'acheteur en sera fatalement victime.

Il faut tout d'abord préciser ce que l'on doit entendre par *dol* susceptible d'entraîner la nullité du contrat, ou tout au moins une condamnation à des dommages-intérêts contre le vendeur du fonds.

Nous estimons en effet que le seul fait de ne pas avoir révélé à l'acheteur ou d'avoir atténué à ses yeux les défauts du fonds, ne suffit pas en lui-même à vicier le consentement de l'acquéreur. Il devrait en être encore ainsi à notre avis dans l'hypothèse où le vendeur du fonds lui aurait attribué des qualités purement imaginaires.

L'acquéreur ne saurait non plus à bon droit inquiéter son vendeur qui aurait exagéré les avantages de la situation du fonds, ou qui se serait plu à faire ressortir les bénéfices considérables qu'il est susceptible de rapporter, se gardant bien, d'autre part, d'éveiller l'attention de l'acquéreur sur les événements qui, dans l'avenir, seraient de nature à entraîner une diminution de valeur.

Dans toutes ces hypothèses, en effet, la perspicacité de l'acheteur doit triompher à elle seule de ces ruses qui sont malheureusement de pratique presque courante de la part de vendeurs trop désireux de céder leurs fonds. Tant pis pour l'acquéreur si cette clairvoyance élémentaire lui fait défaut.

Mais, dans d'autres hypothèses, il pourra y avoir dol. On conçoit d'ailleurs que ce dol soit plus ou moins grave, et que, par suite, il ait des conséquences plus ou moins importantes. Il faut faire ici la distinction classique entre le *dolus dans causam contractui* et le *dolus incidens*.

Le premier consiste dans des manœuvres pratiquées par l'une des parties vis-à-vis de l'autre et telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, celle-ci n'aurait pas contracté. Ce dol est une cause de la nullité de la cession d'un fonds de commerce, comme de toute autre convention.

Au contraire, le dol simplement *incident* (*dolus incidens*) est celui qui, pratiqué au cours d'une négociation déjà entamée, n'a pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, mais n'a eu pour résultat que de l'amener à accepter des conditions plus désavantageuses (1).

Ce dol ne donnera pas lieu, le cas échéant, à la nullité de la cession, mais seulement à une action en dommages-intérêts contre l'auteur ou le complice des manœuvres dolosives.

D'ailleurs, qu'il s'agisse du dol principal ou du dol incident, il ne se présume pas ; et il appartiendra à celui qui se plaint d'en établir l'existence (2).

La jurisprudence a eu souvent à statuer sur le dol, soit principal, soit incident, pratiqué dans la vente d'un fonds de commerce. Voici deux espèces dans les-

(1) Aubry et Rau, IV, 343 *bis*. — Demolombe, *Cours du code Napoléon*, XXIV, 178.

(2) Com. Seine, 16 juin 1883, *Journal des tribunaux de commerce*, 33, 56.

quelles elle a reconnu le *dolus dans causam contractui* et, en conséquence, annulé la cession :

Dans le premier cas, le vendeur avait dissimulé à l'acheteur sa situation réelle et caché sciemment l'existence, sur les marchandises, de saisies qui dépréciaient la valeur de l'établissement ; il avait en outre promis un concours de six mois, que son état de déconfiture rendait infructueux.

Dans une seconde espèce, le vendeur avait dissimulé à l'acquéreur un procès pendant entre le propriétaire de la maison où était établi le fonds et un nouveau locataire exerçant le même commerce, qui concluait à ce que le fonds, objet de la vente, fût fermé (1).

La situation peut être un peu différente : parfois les juges ne reconnaissent que le dol incident, et alors ne prononcent que des dommages-intérêts, tout en maintenant la cession. En pareille hypothèse, lorsque le *dolus incidens* émane du vendeur, la réduction de prix est la forme la plus naturelle et la plus normale d'allouer des dommages-intérêts à l'acheteur. Cette méthode évite des circuits d'actions. Si le cessionnaire devait d'abord payer son prix, sauf à demander ensuite des dommages-intérêts au cédant, on aboutirait à des instances doubles ; les frais seraient augmentés, et l'acquéreur trompé courrait en outre le risque de l'insolvabilité de sa contre-partie (2).

(1) Com. Seine, 16 février 1870. Paris, 15 fév. 1872, J. C. 12. 255.

(2) Paris, 15 fév. 1898, D. 98, I. 192. 10 fév. 1874, J. C. 23 425. 19 juin 1894, J. C. 44. 442.

B. — *A quel moment précis se noue la cession, quand elle se forme par correspondance ?*

Les contrats par correspondance ont fait l'objet, surtout en Allemagne, de théories multiples que nous n'avons point l'intention de reproduire toutes, ni de discuter ici (1), mais il est nécessaire de dire au moins quel est l'intérêt pratique principal du débat, et quelle solution paraît prévaloir en jurisprudence sur ce point.

Lorsqu'une cession de fonds de commerce est négociée par correspondance, à quel moment devient-elle parfaite, à quel moment lie-t-elle définitivement les parties, en sorte qu'elles ne puissent plus se rétracter ? Est-ce lorsque l'acquéreur, ayant reçu les offres du vendeur, lui a répondu par lettre mise à la poste, qu'il les acceptait, ou bien est-ce seulement lorsque la lettre d'acceptation parvient au vendeur ? En d'autres termes, celui-ci peut-il, entre le moment où la lettre d'acceptation est mise à la poste et le moment où il la reçoit, se rétracter par exemple au moyen d'une dépêche qu'il envoie à l'acquéreur ?

Les deux opinions comptent des partisans dans la doctrine, sans parler de ceux qui tiennent pour des systèmes intermédiaires. La jurisprudence française ne paraît non plus pas très unanime sur ce point. Elle semble pourtant se rallier à l'opinion d'après laquelle l'offrant n'est tenu qu'à partir du moment où il a reçu la lettre d'acceptation, où il en a été touché réellement ; jusqu'à ce moment, et bien que la lettre d'acceptation soit mise à la poste, il garde la faculté de se rétracter.

(1) Voir Valéry : *De la Preuve des Contrats par correspondance*. — Giraud : *Contrats entre absents*.

Cette solution est adoptée par un jugement récent du tribunal de commerce de Saint-Etienne, que nous croyons devoir citer à cause de la netteté avec laquelle il formule le principe : « Attendu... qu'il ne suffit pas que la réponse affirmative soit donnée ; qu'il faut, de plus, que cette acceptation parvienne en fait avant toute rétractation de l'offre, entre les mains de la partie qui a fait la proposition ; qu'alors et à ce moment seulement la condition de réciprocité et de simultanéité dans le concours des volontés, nécessaire à la réalisation du contrat, est définitivement acquise... » (1).

II. — *De la capacité nécessaire pour vendre ou acheter un fonds de commerce.*

L'achat ou la vente d'un fonds de commerce est, le plus souvent, nous l'avons dit, un acte de commerce. Pour faire valablement cet achat ou cette vente, il faut donc, en principe, avoir la capacité de faire des actes de commerce.

Toutefois, dans quelques hypothèses, plus ou moins nombreuses selon les opinions (2), la cession d'un fonds de commerce est un acte civil. Il est évident que, dans ces situations, la capacité nécessaire pour y procéder, sera la capacité de passer des achats ou des ventes civiles, et non celle de faire des actes de commerce.

(1) Trib. com. Saint-Etienne, 24 déc. 1897, *Mon. jud.* Lyon, 28 juin 1898 et les références.

(2) Tout le monde reconnaît qu'il ne faut pas considérer comme acte de commerce l'achat d'un fonds, fait dans l'intention, non de l'exploiter, mais soit d'en faire une donation, soit de le consacrer à des expériences scientifiques. (V. Lyon-Caën et Renault, I, n° 176). Mais nous sommes allés plus loin et, avec une partie de la doctrine, nous avons reconnu le caractère *civil* à l'achat d'un fonds, même pour l'exploiter, quand il est fait par une personne qui n'est pas commerçante.

Tel est le double principe qui nous guidera dans l'application que nous allons faire des règles de la capacité à la cession des fonds de commerce. Nous rechercherons successivement quelle est, à cet égard, la situation des divers incapables, c'est-à-dire du mineur, de l'interdit, de la personne pourvue d'un conseil judiciaire et de la femme mariée ; et, pour chacun d'eux, nous examinerons le cas normal où la cession du fonds constitue un acte de commerce et le cas exceptionnel où elle a le caractère d'acte civil.

A. — *Le mineur.*

La capacité du mineur diffère profondément selon qu'il a été autorisé à faire le commerce, conformément à l'art. 2 du code de commerce, ou qu'il ne l'a pas été.

Nous envisagerons l'une après l'autre les deux hypothèses :

a) *Mineur autorisé à faire le commerce.* — A quelles conditions peut être donnée cette autorisation ? Rappelons-les brièvement.

Il faut d'abord que le mineur soit émancipé (art. 2, cod. com.) ; puis qu'il ait dix-huit ans d'âge ; et enfin que l'autorisation soit expresse, préalable et publiée conformément à la loi.

Quand ces conditions sont remplies, le mineur, aux termes des articles 487 et 1308 du *code civil* et de l'article 2 du *code de commerce*, est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce et n'est point restituable contre des engagements qu'il a pris à raison de celui-ci. Il peut donc acheter un fonds de commerce quand cet achat est relatif à son commerce.

Il importe de faire remarquer que la capacité du mineur autorisé à faire le commerce n'est pas limitée aux actes commerciaux, mais qu'elle s'étend à tous

les actes *relatifs au commerce*, ce qui n'est pas du tout la même chose : car un acte peut être relatif au commerce sans être pour autant commercial. C'est le cas notamment pour l'achat d'un fonds, dans le but de l'exploiter, fait par un non-commerçant. Contrairement à l'avis de certains auteurs, nous avons admis que ce n'était pas là un acte commercial. Cela ne nous empêche pas de reconnaître que le mineur qui s'est fait autoriser à exercer le commerce peut, quoique n'étant pas encore commerçant, acheter valablement un fonds ; car si, pour nous, cet acte n'est pas commercial parce que son auteur n'a pas encore la qualité de commerçant, c'est du moins un acte relatif au commerce qui, comme tel, rentre dans les termes de l'art. 2 du code de commerce, et compte parmi ceux que le mineur autorisé a la capacité d'accomplir.

Ceci suppose, bien entendu, que cette acquisition ne dépasse pas les limites de l'autorisation. Quand le mineur a été autorisé à faire le commerce, en termes généraux, il peut acquérir un fonds quelconque. Mais, s'il n'a été autorisé qu'à faire un commerce déterminé, sa capacité ne s'étend qu'à l'achat des fonds ayant pour objet ce commerce spécial.

De même que le mineur autorisé à faire le commerce peut acheter un fonds, il peut aussi le *vendre* quand cette cession est « relative au commerce ». Elle peut en être le dernier acte si le mineur vend pour se retirer ; mais il arrive aussi qu'il se propose simplement de changer d'établissement. D'ailleurs cette vente n'est pas soumise aux conditions prescrites par la loi du 27 février 1880. Ce texte ordonne bien l'accomplissement de certaines formalités pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à un mineur même émancipé, mais il ne parle nullement du mineur

commerçant ; et il résulte même de la discussion à la commission de la Chambre des députés que la loi de 1880 est inapplicable aux mineurs autorisés à faire le commerce. Ceux-ci peuvent donc vendre seuls leur fonds de commerce, bien qu'il représente un meuble incorporel.

b) Plaçons-nous maintenant en face d'un mineur non autorisé à faire le commerce. — Quel est le sort des achats ou des ventes de fonds de commerce auxquels il procède seul ? Pour plus de précision, nous raisonnerons sur l'achat d'un fonds.

Que cet achat ne soit pas valable, cela ne fait doute pour personne ; mais on discute sur le caractère du vice dont il est entaché. Pour les uns il est nul, d'une nullité relative (art. 1125 du c. civ.) ; tandis que pour les autres, il est seulement rescindable pour cause de lésion (art. 1305 et suiv. du c. civ.). Cette divergence d'opinion tient à une raison plus profonde, à savoir au désaccord qui existe sur la nature juridique de l'achat d'un fonds de commerce. Selon qu'on y voit un acte civil ou un acte commercial, l'achat fait par le mineur non autorisé est seulement rescindable ou bien il est nul.

Si l'acquisition est un acte de *commerce*, elle est nulle pour vice de forme, : car (art. 3 c. com.) le mineur qui veut faire un acte de commerce, fût-ce un acte isolé, doit se faire autoriser. L'autorisation est une formalité dont l'absence entraîne *de plano* la nullité de l'acte, et par conséquent le mineur pourra faire annuler son achat simplement en établissant le défaut d'autorisation et sans même avoir à prouver la lésion. Il y a nullité pour incapacité et non seulement rescision pour lésion.

Considère-t-on au contraire l'achat d'un fonds de

commerce comme un acte *civil*, il faut alors écarter les règles du droit commercial et lui appliquer celles du droit civil. Or les civilistes sont très généralement d'accord pour distinguer, parmi les actes accomplis par un mineur seul, deux catégories : ceux pour lesquels certaines formalités sont prescrites et qui, en cas d'inobservation de ces formalités, sont nuls pour vice de forme, nuls d'ailleurs d'une nullité relative et que le mineur seul peut invoquer ; — les autres qui ne sont soumis par la loi civile à aucune forme spéciale et qui sont seulement rescindables pour cause de lésion.

Or, si l'on considère l'achat d'un fonds de commerce comme un acte civil, il rentre certainement dans cette seconde catégorie, car l'acquisition de choses mobilières n'est soumise par la loi civile (voir le titre de la tutelle, art. 483 et suiv.) à aucune forme spéciale. Dans cette théorie, l'achat d'un fonds de commerce par un mineur non autorisé n'est donc pas entaché d'une nullité relative, dans les termes de l'art. 1123 du code civil ; il est seulement rescindable pour cause de lésion (art. 1303 et suiv. du c. civ.).

On voit donc que la nature du vice dont est entachée cette acquisition dépend du caractère civil ou commercial qu'on attribue à cette dernière. — Si l'acte du mineur n'a rien de commercial, si par exemple il achète un fonds de commerce pour le donner ou pour y faire des expériences scientifiques (1), ou même

(1) Nous relevons sur ce point un arrêt déjà ancien de la Chambre des requêtes du 24 avril 1861 qui dit très bien que « l'achat d'un fonds de commerce par un mineur non habilité à faire le commerce, n'est pas astreint à l'accomplissement des pénalités prescrites par l'art. 2 c. com., cet achat ne constituant pas en lui-même, surtout de la part d'un non-commerçant, un

dans notre opinion, pour l'exploiter (1), son achat n'est que rescindable pour cause de lésion. Il devra donc prouver cette lésion (2).

Mais si, au contraire, cet achat est commercial parce que le mineur l'a fait pour revendre l'établissement, il y a nullité pour incapacité et non seulement rescision pour lésion (art. 1311 c. civ.).

D'ailleurs, qu'il s'agisse de nullité ou de rescision, elle peut disparaître par suite d'une confirmation expresse ou tacite faite par l'ex-mineur devenu majeur (art. 1338 - 1304 c. civ. (3)).

B. Interdits et personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

Le code de commerce ne contient vis-à-vis de ces personnes aucune règle d'ensemble. Il faut donc recourir aux principes généraux. — Or l'interdit ne peut faire aucun acte valable, même pendant ses intervalles lucides, car la loi attache à l'interdiction une présomption d'incapacité absolue : il ne pourrait donc pas, même pendant cette lucidité de quelques instants,

acte de commerce ; ces formalités ne sont nécessaires que pour l'exploitation. » Et la cour en conclut très exactement que l'achat est, non pas nul pour vice de forme, mais seulement rescindable pour lésion.

(1) On sait qu'une partie de la doctrine et quelques décisions de jurisprudence considèrent au contraire l'achat pour exploiter comme un acte de commerce. Dans cette opinion un achat de ce genre passé par un mineur est bien évidemment nul pour vice de forme et non pas seulement rescindable pour lésion.

(2) En ce sens, l'arrêt précité de 1862 (note 1). — Rouen, 3 juillet 1858, D. 59, I. 216 — Paris, 17 décembre 1885, S. 86, II, 37. — Cass. 21 août 1882, S. 83, I. 113.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, p. 265.

figurer valablement dans une cession de fonds de commerce.

Quant à son tuteur, on admet généralement qu'il ne peut pas faire le commerce en son nom ; et même, quoique la question soit beaucoup plus délicate, qu'il ne peut pas faire pour lui un acte de commerce isolé.

Quant aux prodigues et aux faibles d'esprit, ils peuvent faire, avec l'assistance de leur conseil, soit des actes civils, soit des actes de commerce isolés : ils peuvent donc, avec l'aide de ce conseil, figurer dans une cession de fonds sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les cas où elle a le caractère d'acte civil et ceux où elle a le caractère d'acte commercial.

C. — *Femme mariée.*

Ici encore, comme pour le mineur, il faut distinguer entre la femme mariée autorisée à faire le commerce et celle qui ne l'est pas.

a) *Femme mariée autorisée* à faire le commerce ;

On sait que, pour que la femme mariée ait la capacité nécessaire pour faire le commerce, il lui faut une autorisation expresse ou tacite de son mari. Quand cette condition est remplie, la capacité de la femme est à peu près la même que celle du mineur commerçant et s'étend à tous les actes relatifs au commerce (art. 5 c. com.) : pourvu que l'achat ou la vente d'un fonds se rattache à ce commerce, elle peut donc y procéder sans même qu'il y ait à rechercher si cette cession de fonds est civile ou commerciale.

Tel est du moins le principe ; mais il peut se trouver modifié dans son application par certaines clauses du contrat de mariage. Par exemple, si le fonds de commerce qu'il s'agit d'aliéner fait partie des biens dotaux, et que l'on admette l'inaliénabilité de la dot

mobilière, l'incapacité spéciale de la femme dotale, dont ne la relève pas l'autorisation générale de faire le commerce, s'oppose à ce qu'elle puisse aliéner ce fonds, quand même la cession se rattacherait à l'exercice du commerce pour lequel elle a été habilitée.

b) Femme mariée *non autorisée* à être marchande publique. Elle reste soumise alors, quant à l'achat ou à la vente d'un fonds de commerce, à son incapacité générale de femme mariée, telle qu'elle résulte du code civil et des stipulations de son contrat de mariage. Comme elle ne peut faire, en principe, aucun acte civil ou commercial sans l'autorisation maritale, l'achat ou la vente d'un fonds de commerce exigera l'intervention du mari. Et, dans cette seconde hypothèse, l'autorisation devra même être spéciale et expresse; mais elle ne pourrait être remplacée, au cas de refus du mari, par l'autorisation de justice. On n'admet pas que cela soit possible quand il s'agit de l'autorisation générale de faire le commerce; mais ici, il s'agit d'un acte civil, ou du moins, d'un acte de commerce isolé.

Ces principes s'appliqueraient quel que soit le régime matrimonial stipulé. Une difficulté pourrait toutefois s'élever sous le régime de la séparation de biens : aux termes de l'art. 1449 du code civil, « La femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner. » On discute si toute aliénation de mobilier est permise par ce texte, ou s'il vise seulement les aliénations à titre d'actes d'administration; nous croyons cette seconde opinion la plus exacte. Et en tous cas, le mot « mobilier » de l'art. 1449 paraît bien ne viser que les meubles corporels. Or le fonds de commerce est, nous l'avons dit, un meuble incorporel : nous croyons donc que la femme séparée de biens, pas plus que toute autre femme mariée, ne pourrait

l'aliéner valablement si elle n'était pas autorisée conformément à la loi.

Mais il en serait autrement de la femme séparée de corps, car la loi du 6 février 1893, art. 3, décide expressément que « la séparation de corps a pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. »

III. — *Objet licite.*

Comme tout autre contrat, la cession d'un fonds de commerce doit avoir un objet licite et moral (1). Par conséquent serait entachée de nullité à raison du vice de l'objet, la cession d'un fonds destiné à la vente des armes de guerre (loi du 4 juillet 1860), ou du gibier en temps prohibé (loi du 3 mai 1844), ou d'une maison de jeux défendus, par exemple d'un établissement pour paris sur courses de chevaux (loi du 18 juillet 1883). Une maison de tolérance ne pourrait faire non plus l'objet d'une vente de fonds de commerce à raison de son caractère immoral (2).

La jurisprudence a eu à statuer parfois sur une hypothèse fort intéressante au point de vue juridique : nous voulons parler de la vente d'un *bureau de tabac*.

Incontestablement un bureau de tabac n'est pas un

(1) Nous supposons au texte que la cession porte sur le fonds de commerce en bloc. Il en sera ainsi si les parties vendent simplement « le fonds » sans en détailler les éléments. Mais, comme nous l'avons déjà remarqué, de ce que le fonds est une universalité de fait, il ne résulte pas du tout que ses diverses parties soient unies par un lien indissoluble. Et les cocontractants peuvent très bien convenir que tel élément, par exemple les marchandises en magasin, ne seront pas comprises dans la vente. C'est affaire de convention.

(2) *Com. Seine*, 14 mai 1867 et 5 fév. 1867, J. C., 16, 509.

fonds de commerce et ne peut être vendu à ce titre (1) : ceci résulte du monopole, au profit de l'Etat, de l'achat, de la fabrication et de la vente du tabac (2). Quel est donc en réalité l'objet de la vente ?

A notre sens, c'est l'achalandage, l'enseigne, le droit au bail, les marchandises. Le bureau de tabac renferme en soi tous ces éléments dont la transmission sera pleinement utile si l'acquéreur obtient l'agrément de l'administration. Et cette condition résulte manifestement de l'intention respective de l'acquéreur et du vendeur, de faire, chacun de leur côté, le nécessaire pour que la condition puisse s'accomplir. Nous concluons donc que la vente qui a pour objet, non un débit de tabac, mais le droit à la gérance d'un débit, est parfaitement valable, un semblable droit n'étant exclu par aucune loi ou aucun règlement des choses qui peuvent être vendues ; cette vente de la gérance étant d'ailleurs subordonnée pour sa validité, implicitement et en l'absence de toute clause expresse, à la condition de l'agrément du cessionnaire par l'administration.

IV. — *Conditions de forme.*

Sur la forme des ventes volontaires et amiables de fonds de commerce, nous n'avons rien de particulier à dire. Elles peuvent être faites par acte authentique, par acte sous seing privé ou même par simple convention verbale.

Mais il arrive, dans des cas que nous avons signalés

(1) Dijon, 21 mars 1873, D. 74, I, 55.

(2) Loi de finances du 28 avril 1816. *Contributions indirectes*, art. 172-229, et loi du 28 juin 1862.

rapidement (1), qu'on recourt pour vendre un fonds à la forme de la vente *publique*. Les formalités à remplir sont alors celles des ventes mobilières aux enchères publiques (art. 617 et suiv. du c. procéd. civ.), puisque le fonds de commerce est une chose mobilière. Nous ne voulons pas évidemment énumérer toutes ces formalités. Mais il est sur ce point une question assez délicate et souvent portée devant les tribunaux, qu'il est nécessaire d'examiner ici :

Quel est l'officier ministériel compétent pour procéder à la vente aux enchères publiques d'un fonds de commerce?

Avant de répondre, il importe de rappeler certains principes sur les ventes mobilières aux enchères publiques.

Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI, les *notaires* sont seuls compétents pour procéder à la vente des meubles incorporels; et c'est au contraire aux commissaires-priseurs (seuls ou en concurrence avec les notaires, huissiers, etc., selon des distinctions assez délicates) que, d'après les lois des 27 ventôse an IX, 28 avril 1816, art. 89 et d'après l'ordonnance royale du 26 juin 1816, appartient le droit d'opérer les ventes de *meubles corporels* dans le lieu de leur résidence. Dès lors, à qui est conféré le droit de procéder, le cas échéant, à la vente aux enchères publiques d'un fonds de commerce : est-ce aux notaires, est-ce aux commissaires-priseurs?

Puisque nous avons admis que le fonds de commerce est toujours un meuble *incorporel*, et cela quand même, en fait, la valeur pécuniaire des mar-

(1) Voir : Chapitre I^{er} du titre I^{er}, *in fine*, pages 30 et suiv.

chandises en magasin dépasserait celle des éléments incorporels (achalandage, droit au bail), nous devons répondre logiquement que compétence appartiendra toujours aux notaires, seuls compétents pour vendre les meubles incorporels. Cette solution offre d'ailleurs un avantage pratique : il faut souvent insérer dans le cahier des charges des clauses assez compliquées (notamment celles relatives à la cession de bail) dont les notaires ont l'habitude ; tandis qu'elles ne sont pas du ressort des commissaires-priseurs. L'opinion qui précède rallie la majorité des suffrages dans la doctrine ; elle fut aussi, pendant un certain temps, celle de la jurisprudence (1).

Mais une doctrine un peu différente semble se dégager des arrêts les plus récents. Au lieu de poser comme principe absolu et *a priori* que, à raison de la nature même du fonds de commerce, son élément principal consiste toujours et nécessairement dans l'achalandage et le droit au bail, c'est-à-dire dans quelque chose d'incorporel et que, par suite, le fonds dans son ensemble est toujours un meuble incorporel, les tribunaux préfèrent aujourd'hui examiner chaque fois la question en fait. Ils ne donnent plus une réponse absolue ; ils envisagent l'espèce spéciale qui leur est soumise pour décider, d'après les circonstances, quel est l'accessoire et quel est le principal. Si, en effet, les marchandises et le matériel d'exploitation, c'est-à-dire les meubles corporels, représentent une valeur supérieure à celle des éléments incorporels du fonds de commerce, la vente publique de celui-ci est de la compétence des commissaires-pri-

(1) Paris, 4 décembre 1823. Cass., 23 mars 1836, S. 36, I, 161.

seurs (1); si c'est le contraire, elle est alors du ressort des notaires (2).

Dans tous les cas, comme nous l'avons déjà remarqué, le fonds constituant une universalité de fait, on ne saurait s'adresser à deux officiers ministériels en même temps, à un notaire pour la cession des éléments incorporels et à un commissaire-priseur pour la vente des marchandises et du matériel. Cette scission de la vente en deux parties offrirait d'ailleurs des inconvénients pratiques; elle risquerait notamment d'amener une mévente.

(1) Lyon, 23 mars 1893, S. 94, II, 237. Cass., 25 juin 1895, S. 95, I, 409. — Lyon, 10 nov. 1896. *La Loi* du 16 juin 1897.

(2) Riom, 30 mars 1892, S. 94, II, 237. *Trib. civ. Lyon*, 6 fév. 1895, *Gaz. du Palais*, 1895, II, 359. — Limoges, 17 fév. 1897, *Monit. Lyon*, 8 mai 1897.

CHAPITRE II

Preuve de la cession

Les règles relatives à la preuve ne sont pas les mêmes en matière civile et en matière commerciale. La cession d'un fonds de commerce est le plus souvent un acte *de commerce*. C'est cette hypothèse normale que nous envisagerons ici, sans nous arrêter au cas où la cession revêt le caractère d'acte civil. Outre qu'il en sera très rarement ainsi, il n'y aurait, le cas échéant, qu'à faire l'application des art. 1341 et suiv. du c. civ.

Un cas plus difficile et plus fréquent est celui où la vente d'un fonds de commerce constitue un acte *mixte* ; où par exemple, elle est *civile* pour l'acquéreur, et *commerciale* pour le vendeur. Nous dirons quelques mots de cette difficulté, mais seulement après avoir examiné l'hypothèse type où la vente est commerciale pour les deux parties.

Dans ce cas, les moyens de prouver la cession d'un fonds de commerce sont déterminés par l'article 109 du code de commerce. Ce texte pose le principe traditionnel de la liberté des preuves en matière commer-

ciale. Tous les modes de preuve seront donc admissibles, depuis l'acte authentique jusqu'à la preuve testimoniale et les simples présomptions.

Parmi ces modes de preuve, les plus usités dans la pratique pour constater les ventes de fonds de commerce, sont les preuves par acte sous seing privé, par correspondance et par témoins.

Presque toutes les cessions de fonds de commerce sont constatées par acte sous seing privé. En principe, ces actes sont soumis aux mêmes règles, quant à la forme et à la force probante que s'il s'agissait d'un acte civil. Toutefois, il y a deux différences notables à signaler. D'abord, on s'est demandé si la formalité des doubles (art. 1325 c. civ.) doit être observée quand il s'agit de la vente commerciale, et en particulier de la cession commerciale d'un fonds de commerce. On l'a soutenu autrefois en se fondant sur ce que l'art. 109 du code de commerce mentionnant l'« acte sous seing privé », visait cet acte tel que le réglemente le code civil, c'est-à-dire dressé en double. L'opinion contraire triomphe aujourd'hui, et avec raison, selon nous. L'usage commercial qui, nous l'avons dit dans le chapitre II de notre titre I, l'emporte en matière de ventes commerciales sur le code civil, n'a jamais exigé la formalité des doubles ; et d'ailleurs cette différence s'explique aisément puisque la partie, privée de son double, n'en est pas réduite pour autant, comme elle le serait en matière civile, à s'en rapporter à l'aveu de son adversaire ou à lui déférer le serment et qu'elle peut au contraire prouver le contrat par tous les moyens possibles (1).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.* VIII, p. 756. — Lyon-Caën et Renault, III, n° 56. — Lyon, 23 nov. 1888 (*La Loi*, n° du

La cession commerciale d'un fonds de commerce serait donc régulièrement constatée par acte sous seing privé, celui-ci fût-il dressé en un seul exemplaire.

Une autre exception aux règles du droit civil consiste en ce que l'art. 1328 du code civil est inapplicable aux actes de commerce : telle est du moins l'opinion commune. Par suite, la sincérité de la date de la vente d'un fonds de commerce pourra être établie non seulement entre les parties, mais même au regard des tiers, par tous les modes de preuve. Il ne sera pas nécessaire de recourir à l'enregistrement de l'acte, ni aux deux autres moyens indiqués par l'article 1328 du code civil.

Les ventes de fonds de commerce se font parfois aussi, comme la plupart des contrats commerciaux, *par correspondance*. Cette correspondance est-elle un moyen de preuve de la cession ?

Il importe de rappeler ici quelques principes : les lettres ne sont pas des actes sous seings privés ; aussi, en matière civile, ne peuvent-elles être invoquées qu'à titre de présomption de fait ou de commencement de preuve par écrit (art. 1347 c. civ.). En matière commerciale (art. 109 c. com.), elles ont au contraire, en elles-mêmes, pleine force probante. On conçoit cependant que ce soit là un mode de preuve très aléatoire et très peu efficace s'il dépendait du destinataire de le faire disparaître en supprimant la lettre qu'il a reçue. Aussi, l'article 8, code de commerce prescrit-il aux commerçants d'avoir un *livre-copie*

4 avril 1889). Remarquons d'ailleurs qu'alors même que l'acte ne vaudrait pas comme acte sous seing privé, il serait du moins un commencement de preuve par écrit.

sur lequel ils reproduisent les lettres qu'ils envoient et qui, en cas de dénégation du destinataire font preuve contre lui. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, bien entendu, que le livre-copie soit régulièrement tenu. A cette condition, l'acquéreur peut, en se servant du livre du vendeur, prouver une vente de fonds de commerce, comme tout autre contrat commercial.

En pratique, ainsi que nous aurons l'occasion de le dire plus tard, la cession est le plus souvent constatée par acte sous seing privé ; mais cela n'empêche pas que les parties peuvent recourir, même dans ce cas, à la preuve testimoniale. Elles ont intérêt à s'en servir, soit pour compléter l'acte, soit même pour prouver contre cet acte. On sait en effet que, contrairement aux principes du droit civil (art. 1344 c. civ.), la preuve par témoins est admissible en matière commerciale contre et outre le contenu aux actes. En l'absence d'écrit, elle serait admissible pour établir la vente du fonds, quelle que soit la valeur de celui-ci, même au-dessus de 150 francs (1).

Jusqu'à présent nous avons supposé que la cession était commerciale vis-à-vis des deux parties. Mais elle peut n'avoir ce caractère qu'au regard de l'une d'elles, par exemple du vendeur : ainsi, lorsqu'un commerçant vend son fonds pour se retirer des affaires, à une personne qui se propose de faire le commerce en exploitant ce fonds, l'acte est bien commercial pour le vendeur, mais non pour l'acquéreur aux actes duquel nous ne croyons pas devoir appliquer la théorie de l'accessoire parce qu'il n'est pas encore commerçant (2).

(1) *Req.*, 5 mars 1894, D. 94. I. 168.

(2) On sait que cette opinion n'est pas celle de la majorité

Quelles sont, au point de vue de la preuve, les règles applicables à cet acte *mixte* ? On a proposé deux systèmes absolus : l'un consisterait à appliquer exclusivement, à l'égard des deux parties, les preuves du droit commercial ; l'autre à appliquer les preuves du droit commun. Tous deux ont le tort de ne pas tenir compte de la nature mixte de l'acte dont il s'agit. La solution la plus logique nous paraît se trouver dans la distinction suivante : celui qui fait un acte de commerce ne peut se plaindre si l'on emploie contre lui les preuves commerciales ; dans l'exemple que nous avons choisi, l'acheteur pourra donc prouver contre le vendeur la cession du fonds de commerce par tous les moyens possibles (art. 109, c. com.). Mais au contraire, celui qui fait un acte civil serait injustement sacrifié si on usait à son encontre des preuves du droit commercial. Le vendeur du fonds ne pourra donc en prouver la cession, au regard de l'acheteur, que conformément aux articles 1341 et suivants du code civil.

des auteurs qui appliquent ici la théorie de l'accessoire, en quelque sorte par anticipation.

TITRE III

Effets du contrat de cession d'un fonds de commerce

Le contrat de cession d'un fonds de commerce, comme tout contrat de vente, produit des obligations à la charge de l'une et de l'autre des parties contractantes.

Nous étudierons dans un chapitre I^{er} les *obligations du vendeur*, et dans un chapitre II les *obligations de l'acheteur*.

CHAPITRE PREMIER

Obligations du vendeur

Conformément à l'art. 1603 du code civil, le vendeur a surtout deux obligations à remplir : *délivrer* la chose vendue, la *garantir*. Nous examinerons dans deux sections distinctes chacune de ces obligations.

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

Nous rechercherons d'abord comment *s'exécute* cette obligation de délivrance : sur ce point, il suffira d'appliquer les principes généraux du droit ; leur mise en pratique est cependant un peu compliquée ici parce qu'un fonds de commerce comprend des éléments très divers dont la délivrance s'opère selon des règles différentes. Mais la difficulté consistera surtout à déterminer exactement *l'étendue* de cette obligation, à préciser les éléments que comprend la vente du fonds et dont l'acquéreur doit recevoir livraison du vendeur.

Cette recherche de l'étendue de l'obligation de délivrance fera l'objet d'un second §, tandis que dans le 1^{er} nous examinerons *comment* et *quand* elle doit s'exécuter.

§ 1^{er}. — *Comment et quand s'exécute l'obligation de délivrance en matière de fonds de commerce ?*

Le code civil est à peu près muet sur la délivrance des immeubles ; mais dans les articles 1606 et suivants, il pose au contraire des règles assez complètes sur la délivrance des choses mobilières, tant des meubles corporels que des meubles incorporels.

Pour les premiers, la délivrance s'opère par la prise de possession de l'acquéreur, soit par lui-même, soit par son représentant ; pour les seconds, par la remise des titres et, à défaut de titres, par l'usage qu'en fait l'acheteur du consentement du vendeur. Appliquons ces principes aux fonds de commerce.

Nous avons dit que, dans son ensemble, un fonds de commerce devait être considéré comme un meuble incorporel. Il semble donc, au premier abord, que la délivrance s'opérera par la remise des titres, c'est-à-dire du bail des lieux loués et par l'usage que le cessionnaire fera de la clientèle. Assurément, cette double opération rentre parmi les actes de délivrance, mais nous ne croyons pas qu'elle constitue à elle seule toute la délivrance, qu'elle suffise pour opérer d'une manière complète la livraison du fonds.

Il ne faut pas oublier, en effet, qu'un fonds de commerce n'est pas une universalité juridique, mais seulement une universalité de fait, dont les différents éléments conservent leur individualité. Il vaut donc mieux, au point de vue de la délivrance, envisager séparément chacun de ces éléments et décider qu'elle

s'opérera différemment, d'après les règles propres à chacun d'eux. Par suite, les meubles corporels, c'est-à-dire les marchandises, l'installation, l'enseigne, seront délivrées de la main à la main, par une tradition effective (art. 1606). Quant aux meubles incorporels, le titre constatant le bail sera remis à l'acquéreur (art. 1607), et pour l'achalandage, comme il ne comporte pas une remise de titre, la délivrance consistera pour l'acquéreur à en user, par exemple en s'adressant à la clientèle de l'établissement pour la prévenir de son installation.

A l'exécution de l'obligation de délivrance se rattache une question très voisine, celle de la transmission de la propriété du fonds de commerce. Entre les parties contractantes, la propriété du fonds a lieu *solo consensu* ; car la vente est aujourd'hui, par elle-même, translatrice de propriété (art. 1583 c. civ.) Mais au regard des *tiers*, le problème est plus complexe.

Ici encore, nous retrouvons les deux points de vue opposés auxquels nous nous sommes successivement placé pour déterminer comment s'exécute l'obligation de délivrance.

Si l'on considère le fonds de commerce dans son ensemble comme formant un seul tout, c'est alors un meuble incorporel dont la propriété se transfère, non seulement entre les parties, mais même à l'égard des tiers par le seul consentement. Ce point de vue peut être admis quand il s'agit de régler le conflit qui surgit entre les deux acquéreurs successifs d'un fonds de commerce considéré comme une universalité, entre deux cessionnaires du fonds dans son ensemble (1). Mais, dans toute autre hypothèse (quand le

(1) Voir sur ce point un jugement du tribunal de commerce

conflit s'élève entre le cessionnaire du fonds *in globo* et l'acquéreur d'un seul des éléments de ce fonds, ou entre deux acquéreurs d'une des choses comprises dans ce fonds), il est plus exact de considérer séparément chacun des éléments et de décider que la transmission se fera, pour chacun, d'après les principes généraux du droit. Par exemple, dans l'hypothèse normale où la cession du fonds comprend, entre autres éléments, le droit au bail des lieux où s'exerce le commerce, il importe que l'acquéreur prenne soin de signifier sa cession au bailleur (art. 1690 c. civ.) ; autrement il s'exposerait à être évincé par un cessionnaire plus diligent que lui. Il ne devrait pas davantage omettre d'accomplir les formalités d'enregistrement prescrites par l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844, pour pouvoir rendre opposable aux tiers la cession qui lui aurait été faite d'un brevet d'invention.

Relativement aux choses mobilières corporelles, comme les marchandises existant en magasin, l'art. 1141 du code civil trouverait, le cas échéant, toute son application : l'acheteur ne saurait prétendre inquiéter un tiers acquéreur de bonne foi qui en aurait été mis en possession.

A la transmission de la propriété du fonds de commerce dont nous venons de poser les règles, se rattache, comme une conséquence naturelle, le déplacement des *risques*. « *Res perit domino* ». Dès le moment de la cession, les risques passent donc à

de Marseille du 9 juin 1896 (*Rec. de Marseille*, 96. I. 236), qui décide que « lorsqu'un fonds de commerce a été vendu à deux personnes différentes et non encore livré, c'est la vente la plus ancienne qui doit être exécutée, à l'exclusion de la plus récente. Cette ancienneté se règle, non par la date de l'acte, mais par celle de l'enregistrement, »

l'acquéreur, du moins s'il s'agit d'une cession pure et simple. Il n'y a qu'à faire application à notre matière des principes généraux posés par les art. 1138, 1182, 1624 du code civil et 100 du code de commerce. Les seuls textes dont la combinaison peut donner lieu, en cette matière, à quelques difficultés, sont les articles 1585 et 1586 du code civil; le premier qui, lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte et à la mesure, laisse les risques à la charge du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; le second qui, au contraire, lorsque les marchandises ont été vendues en bloc, les met tout de suite aux risques de l'acquéreur.

Est-ce l'article 1585 ou l'article 1586 qu'il convient d'appliquer aux marchandises comprises dans la vente d'un fonds de commerce? Si un certain intervalle s'écoule entre la date de la cession et la date de l'inventaire des marchandises et que, pendant cet intervalle, elles périssent par cas fortuit, la perte est-elle pour le vendeur (art. 1585), ou pour l'acquéreur (art. 1586)?

Il est évident que ceci dépend avant tout de l'intention des parties, de leur volonté de faire une vente au poids et à la mesure ou une vente en bloc. Si elles se sont expliquées expressément à cet égard dans l'acte qui constate la cession du fonds, aucune difficulté ne surgira. Mais en cas de silence des parties, il nous semble bien que la vente des marchandises, incluse dans la cession d'un fonds de commerce, est une vente en bloc. On vend le fonds dans son ensemble, en bloc, et de même pour les marchandises. Si donc elles périssent par cas fortuit, dans l'intervalle du contrat de cession et de l'inventaire détaillé, l'acquéreur

n'en est pas moins tenu de payer l'intégralité du prix : les risques sont pour lui (art. 1586 c. civ.)

Quant à la *date de la délivrance*, elle doit se faire à l'époque convenue, à moins qu'il n'y ait danger pour le vendeur de perdre le prix ; mais le danger imminent qui dispense le vendeur de la délivrance doit se manifester, non par des circonstances abandonnées à l'appréciation du juge, mais uniquement par celles déterminées par les art. 1188 et 1613 du code civil (1).

Donc la seule crainte sur la solvabilité de l'acheteur, alors que sa situation n'a subi aucun changement, n'autoriserait pas le vendeur à ne pas opérer la livraison au cas où il aurait accordé pour le paiement un délai non encore expiré. Et l'acheteur devrait triompher de ce refus en demandant aux tribunaux, ou de faire exécuter la convention et d'être, par conséquent, mis en possession du fonds, ou de résilier la vente et de condamner le vendeur en tels dommages-intérêts qu'il conviendrait (2) (art. 1134 et 1142 c. civ.).

Mais pour que l'acheteur puisse demander la résiliation d'une vente pour défaut de délivrance, il faut que le vendeur ait été préalablement mis en demeure de faire cette livraison (3).

On admet d'ailleurs qu'en matière commerciale, les réclamations par correspondance doivent être considérées comme des mises en demeure suffisantes.

De plus, le défaut de délivrance du fonds vendu au

(1) Cass., 24 novembre 1869, S. 70, I. 120. 11 nov. 1874, S. 76, I. 108.

(2) Paris, 24 juillet 1854, J. C. 3. 441. Com. Seine, 23 mai 1868, J. C. 17. 451.

(3) Paris, 1^{er} décembre 1874, S. 77. II. 255 ; — Rouen, 23 décembre 1880, 25 mai 1881, S. 82, II. 217. — En ce sens : Merlin, *Rép.* v^o *vente* 831 — Aubry et Rau, IV § 354, p. 36 37,

terme convenu, n'entraîne pas nécessairement la résolution du contrat de cession, alors du moins que ce retard n'a causé aucun préjudice à l'acheteur et que la résolution n'est pas demandée en vertu d'une clause expresse du contrat qui la prononcerait pour défaut de livraison à l'époque fixée, mais à raison de la clause résolutoire sous-entendue, consacrée par l'art. 1184 du code civil.

La résolution ne doit pas davantage être prononcée, à notre avis, quoique le vendeur n'ait pas livré le fonds au temps convenu, s'il est constant que le retard provient d'une cause indépendante de sa volonté (1).

Quid du cas où un tiers, intervenu à l'acte de vente comme caution solidaire des engagements de l'acheteur, est devenu insolvable depuis la vente et avant l'entrée en jouissance ?

Le vendeur sera bien fondé, pensons-nous, à refuser de livrer le fonds à l'acquéreur (2). En effet, l'engagement solidaire de la caution a été une des conditions essentielles de la vente, et, en exigeant le cautionnement, ce n'est pas la personne de la caution que le vendeur a eue en vue, mais ce sont les garanties que pouvait lui présenter sa solvabilité et qui ont maintenant disparu.

L'art. 2020 c. civ. décide que si la caution reçue par le créancier devient ensuite insolvable, il en doit être donné une autre. Mais il fait exception pour le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne

(1) En ce sens : Aubry et Rau, déjà cités. — Laurent, XXIV, n° 17

(2) Paris, 8 mai 1869, J. C. 49. 216.

pour caution. Lors donc que le vendeur d'un fonds de commerce a déclaré dans le contrat qu'une certaine personne lui serait donnée comme caution pour assurer le paiement du prix, il ne peut exiger que cette caution qu'il a choisie lui-même soit remplacée par une caution nouvelle, parce qu'elle serait devenue insolvable depuis la conclusion de la vente (1).

§ II. — *Etendue de l'obligation de délivrance*

Comme nous l'avons annoncé, nous nous proposons d'examiner, sous cette rubrique, quels sont exactement les objets compris dans la cession d'un fonds de commerce et que le cédant doit livrer au cessionnaire.

La vente d'un fonds de commerce comprend, en principe, et sauf convention contraire des parties, tous les éléments dont l'ensemble constitue ce fonds, c'est-à-dire : les marchandises en magasin, le matériel d'exploitation, le droit au bail, l'achalandage ou clientèle et tout ce qui peut servir à conserver et à développer cette clientèle ; à savoir : le nom commercial, l'enseigne, la marque et même les livres de commerce et la correspondance commerciale. Tous ces objets doivent, en principe, être remis par le cédant au cessionnaire. Mais des difficultés intéressantes se sont élevées dans la pratique relativement à chacun de ces éléments ; nous allons les passer en revue.

I. — D'abord, quant au *droit au bail*, on s'est demandé si, dans le cas où l'acte de vente serait muet sur la cession du bail, il serait néanmoins compris

(1) Com. Seine, 7 septembre 1876, J. C. 26. 32.

dans la vente du fonds. Cela ne paraît pourtant pas douteux : car la jouissance des lieux où s'exploite le fonds en est un élément si important qu'on ne doit pas supposer que les parties ont voulu l'exclure de la cession. Il faudrait pour cela une clause bien formelle ; il ne suffit pas de leur silence (1).

Mais quand nous disons qu'en l'absence de clause contraire, l'acquéreur a droit à la cession du bail des lieux où le fonds s'exploite, nous n'entendons parler que du droit au bail restant à courir. Dans le silence du contrat, la cession ne comprendrait pas, au contraire, le droit à un renouvellement ou à une prolongation du bail (2).

Parfois, sans céder le droit à un renouvellement du bail, droit qu'il ne possède pas lui-même, le vendeur s'engage vis-à-vis du cessionnaire à obtenir en sa faveur, du propriétaire de l'immeuble, une prolongation du bail dans les mêmes conditions. On s'est demandé quel est l'effet de cette clause : il est intéressant de la comparer à la cession du droit au renouvellement du bail.

Examinons d'abord cette dernière hypothèse : un commerçant fait figurer dans la vente de son fonds la cession du droit qu'il prétend avoir au renouvellement du bail de l'immeuble où s'exploite le commerce cédé ; or, en fait, ce droit ne lui appartient pas, et par suite le cessionnaire, ne pouvant invoquer un droit qui n'appartient pas à son cédant, se voit expulsé

(1) Rouen, 9 juin 1828. S. 29, II. 164 et 2 mai 1855, *Gazette des trib.*, 17 janvier 1856. — Limoges, 6 décembre 1868, S. 72. II. 292. — Paris, 8 mai 1872, D. 72, II. 211.

(2) C'est du moins l'opinion généralement adoptée quoiqu'elle soit discutée.

•

des lieux par le propriétaire de l'immeuble. Cette expulsion constitue, au regard du vendeur, l'inexécution d'une des obligations dont il était tenu en vertu du contrat de cession du fonds de commerce : par conséquent l'acquéreur peut demander la résolution de la vente, avec dommages-intérêts.

Ce cas paraît très voisin de celui où le cédant, s'étant engagé par clause spéciale vis-à-vis du cessionnaire, à lui procurer une prolongation du bail, ne peut obtenir cette prolongation du propriétaire. Dans les deux hypothèses, la prestation promise, à savoir la continuation du bail dans le même immeuble, n'est pas fournie ; et il semblerait que dans les deux cas, la solution dût être la même ; c'est-à-dire que dans cette seconde hypothèse aussi, l'acquéreur devrait pouvoir obtenir la résolution de la cession avec dommages-intérêts. Mais cette apparente analogie est trompeuse. L'analyse juridique distingue aisément les deux situations et conduit, dans l'une et l'autre, à des solutions différentes. Dans la première, il y a lieu, comme nous l'avons dit, d'appliquer l'art. 1184 du code civil. Mais ce texte n'a rien à faire dans la seconde : ici en effet, le renouvellement du bail ne constitue pas une obligation contractée purement et simplement par le cédant ; il joue seulement le rôle d'une condition suspensive de la vente. L'acquéreur n'entend acheter le fonds que si le vendeur lui présente une prolongation du bail. Si cette condition ne se réalise pas, si le propriétaire se refuse à consentir cette prolongation, la vente ne se forme pas. Il n'y a point résolution de la cession avec dommages-intérêts, comme dans le premier cas ; il y a seulement vente sous condition suspensive, et la vente ne devient pas parfaite parce que la condition fait défaut. Les parties

sont libérées l'une vis-à-vis de l'autre, mais sans dommages-intérêts à la charge du vendeur (1).

L'action en dommages-intérêts intentée par l'acquéreur contre le vendeur devrait *a fortiori* être repoussée dans le cas suivant : le vendeur du fonds de commerce s'est engagé à faire obtenir à son acquéreur, sans augmentation de prix, une prorogation du bail des lieux où le fonds est exploité ; mais l'acquéreur a traité directement de cette prorogation avec le propriétaire sans avoir mis son vendeur en demeure de réaliser sa promesse et le propriétaire lui a imposé une augmentation de loyer ; le vendeur ne saurait en être responsable puisque l'acquéreur l'a acceptée sans son assentiment.

II. — D'autres difficultés se sont élevées relativement au *nom commercial*. On concevrait que, par l'effet de la cession du fonds, l'acquéreur eût le droit de faire le commerce sous le nom même de son vendeur. Cette conception, qui paraît au premier abord assez étrange, est pourtant celle de la loi allemande : pour des raisons que nous avons déjà exposées (2), elle fonctionne en Allemagne d'une façon satisfaisante ; mais il serait peut être dangereux de la transporter telle quelle chez nous. En tous cas, ce n'est pas actuellement la conception de notre loi française. D'après elle, l'acheteur d'un fonds de commerce ne peut l'exploiter sous le nom de son prédécesseur : le nom commercial n'est donc pas compris dans la cession, en ce sens que le

(1) *Cass*, 8 juillet 1872, D. 72. I. 394. — Paris, 16 décembre 1873, J. C. 73. II. 236. — *Com. Seine*, 24 octobre 1882, J. C. 1882, 32. 418.

(2) Voir plus haut : Titre I, *Eléments constitutifs d'un fonds de commerce*, p. 14 et suiv.

cessionnaire acquerrait le droit de se servir de ce nom lui-même sans y rien ajouter, pour ses relations d'affaires. Mais l'acheteur peut du moins user de ce nom en se qualifiant successeur de son vendeur. Et cette faculté, très précieuse pour lui puisqu'elle lui permet de faire savoir à la clientèle qu'il prend la suite de telle ou telle maison, est comprise *de plano* dans la vente d'un fonds de commerce. Elle comprend de plein droit le nom commercial en ce sens, non pas que le cessionnaire peut faire le commerce sous ce nom employé seul, mais en ce sens qu'il peut s'en servir en le faisant précéder des mots « successeur de » (1).

Sur ce principe, tout le monde, à peu près, est aujourd'hui d'accord. Mais son application peut être très délicate. Très souvent il arrive que le commerçant qui exploite un fonds de commerce se sert, comme de nom commercial, de son propre nom patronymique auquel il ajoute le nom de sa femme. En cédant le fonds, il consent à ce que le cessionnaire se serve de ce nom commercial composé, bien entendu en le faisant précéder des mots « successeur de ».

La femme et ses héritiers peuvent-ils intervenir et s'opposer à ce que le nom de celle-ci continue à figurer à côté de celui de l'acquéreur ?

Nous estimons qu'il y a là, avant tout, une question de fait que les tribunaux auront à trancher d'après les circonstances particulières de chaque cause. En principe, cependant et sauf preuve contraire, nous croyons que la femme qui a autorisé son mari à joindre les deux noms devra être présumée lui avoir donné tout

(1) Lyon-Caën et Renault, *op. cit.* III, p. 172 et les références.

pouvoir pour se servir utilement de son nom à elle, pour le transmettre au besoin. En effet, lorsque le nom double a longtemps figuré sur un fonds, il serait inadmissible que, sur le champ, la femme pût interdire au mari de disposer de ce nom ; ce qui reviendrait en réalité à l'interdiction de disposer du fonds lui-même. La femme et ses héritiers seront d'autant moins fondés à se plaindre lorsqu'en fait, la cession aura été connue d'eux sans qu'ils y aient porté obstacle et lorsque cette cession ne sera pas de nature à amener une confusion entre l'établissement vendu par le mari et celui que sa femme ou ses héritiers pourraient exploiter (1). Donc, en principe, le double nom composé des noms du mari et de la femme, peut être l'objet, de la part du mari, d'une transmission valable.

Toutefois, qu'il s'agisse du nom du mari seul ou des noms combinés des deux conjoints, le droit pour l'acquéreur de s'en servir en les faisant précéder des mots « successeur de » comporte certaines restrictions. On s'est demandé notamment si ce droit est perpétuel, ou bien si, après un certain temps, le vendeur lui-même ou ses héritiers n'ont pas le droit d'empêcher l'acheteur d'user du nom du vendeur en se disant son « successeur » ? La question est très délicate.

Dans un premier système, on a soutenu qu'il y a, sauf clause contraire, une transmission perpétuelle, parce que le nom commercial fait partie du fonds et doit en suivre le sort (2).

Nous préférons repousser en cette matière toute so-

(1) Poitiers, 8 déc. 1863, S. 64, II, 50.

(2) Lèbre, *op. cit.*, n° 63. Paris, 11 juillet 1867, D. 67, II, 170. M. Bailly à son cours de droit commercial.

lution absolue. C'est qu'en effet la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas la cession de la propriété du nom commercial à perpétuité, mais elle donne seulement à l'acquéreur le droit de se servir du nom pendant un délai suffisant pour assurer la transmission de la clientèle. Après ce délai, les héritiers du vendeur sont bien fondés à revendiquer le nom de leur auteur, s'ils y ont un intérêt certain et appréciable (1). Nous estimons que le droit pour l'acquéreur d'un fonds de commerce de se servir du nom de son prédécesseur est admis afin de faciliter la transmission de la clientèle du vendeur à l'acheteur. Dès que cette transmission a eu lieu, ce droit n'a plus d'utilité réelle pour lui. Il peut causer un préjudice grave au vendeur ou à ses parents, en compromettant le nom de celui-ci dans les opérations d'un commerce qu'il a abandonné depuis de longues années. Il faut concilier le droit de l'acheteur avec l'intérêt légitime de la famille du vendeur. Il appartient donc aux tribunaux, quand l'acheteur s'est servi assez longtemps du nom du vendeur pour assurer la transmission de la clientèle, de lui interdire de continuer à en user si un préjudice pécuniaire ou moral peut en résulter pour la famille du vendeur. Il y a là une question pour laquelle les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation (2).

C'est ainsi que la cour de Lyon a décidé (3) que, lorsque dans l'acte de cession d'un fonds de commerce par des cohéritiers à l'un d'eux, il a été stipulé, en ce

(1) Lyon, 12 juin 1873, S. 74, II, 246.

(2) Pouillet, *Traité des marques de fabrique*, n° 558.

(3) Lyon, 18 février 1896, J. C., août 1897.

qui concerne l'usage du nom commercial, que le cohéritier acquéreur aurait le droit de prendre le titre de « successeur » de l'auteur commun et de conserver l'enseigne existante, que, de leur côté, les vendeurs se sont réservé le droit d'exercer la même industrie partout où bon leur semblerait et qu'ensuite ledit fonds est cédé par le cohéritier acquéreur à une société anonyme, il appartient aux tribunaux, en présence des droits respectifs des parties, d'affirmer le délai dans lequel doit continuer l'usage du nom commercial, en conciliant l'intérêt légitime du commerce avec l'intérêt des familles.

Enfin, la cour de Bordeaux (1) a fourni un puissant appui à notre opinion ; nous extrayons de son arrêt les attendus suivants :

« Attendu que si, en principe, la vente d'un fonds de commerce comprend les éléments incorporels attachés à ce fonds, au même titre que les objets corporels et par voie de conséquence implique la transmission de l'enseigne et du nom commercial destinés à faciliter la mise en valeur de l'objet vendu, il est certain néanmoins que cette règle comporte les restrictions et les tempéraments appropriés à chaque espèce de contrat ; que spécialement, au sujet de la transmission et de l'usage du nom du vendeur, le droit de l'acheteur ne saurait être absolu et doit être réglé d'après la nature et l'esprit des conventions intervenues ; que, dans le silence de ces conventions, le droit de l'acheteur doit se concilier avec l'intérêt légitime du vendeur ou de sa famille ; que s'il est juste de faciliter à l'acheteur la prise de possession de l'achalandage et de la clientèle en lui permettant de s'accréditer dans

(1) Bordeaux, 28 oct. 1893, J. C., octobre 1897.

le public, il importe dans l'intérêt du vendeur, de limiter quant à la durée l'usage de son nom et de ses notoriétés originales. »

Ce système, auquel nous nous rallions, a, dans la doctrine, les préférences d'auteurs considérables (1) et semble bien être adopté aussi en jurisprudence.

III. — La nécessité pour l'acquéreur de n'user du nom commercial de son vendeur qu'en le faisant précéder des mots « successeur de », s'applique même au nom commercial qui figure dans l'*enseigne* du fonds vendu ou qui la constitue à lui seul. Le vendeur, en effet, a le droit de forcer le cessionnaire à faire disparaître, aussi bien sur l'enseigne que sur les factures ou dans la correspondance commerciale, toute énonciation qui serait de nature à faire croire que lui, vendeur, participe encore à la gestion du fonds vendu. Le cédant peut donc exiger que le cessionnaire modifie le nom qui figure sur l'enseigne en ajoutant la mention « successeur de » (2). Mais sous cette réserve, l'acquéreur a sur l'enseigne les droits les plus étendus. Signe indicateur d'un établissement, elle l'individualise matériellement ; elle permet au public de le reconnaître ; elle en est plus que l'accessoire, mais

(1) Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, III, § 246 *bis*. — Pouillet, *op. cit.*, n° 558. — Cass., 3 juillet 1897, *Gaz. du Palais* du 18 août : l'acquéreur d'un fonds de commerce a le droit de prendre le titre de successeur du fondateur dudit fonds ; toutefois ce droit n'ayant été, dans la commune intention des parties, accordé à l'acquéreur que comme un accessoire même de la vente, comme un moyen d'achalandage et en vue de lui assurer la clientèle de l'établissement vendu, il y a lieu de *limiter* l'exercice par lui de ce droit à un certain temps estimé suffisant pour qu'il puisse s'assurer la transmission et le maintien de l'achalandage (10 ans dans l'espèce).

(2) Cass., 11 avril 1866, S. 66, I, 251.

comme le signe extérieur, matériel et visible ; et, par suite, elle se transmet *de plano* avec le fonds entre toutes les mains où il passe. Il est vrai que pour faire obstacle au droit du cessionnaire sur l'enseigne, on s'est livré à des raisonnements spécieux : mais ils sont plus ingénieux que solides. Ainsi un commerçant qui exploitait un commerce dans son propre immeuble, ayant cédé son fonds à une personne qui devait l'exploiter dans un autre immeuble, faisait, pour refuser au cessionnaire la livraison de l'enseigne, le raisonnement suivant : l'enseigne, signe matériel, est un meuble corporel qui fait un, par droit d'accession, avec l'immeuble sur lequel il est placé, il devient immeuble par destination, et suit le sort de la maison elle-même. Or je demeure propriétaire de celle-ci ; je reste donc aussi propriétaire de l'enseigne, le cessionnaire n'y a pas droit.

En raisonnant ainsi, le cédant se méprenait sur la nature juridique de l'enseigne. Elle tire sa valeur bien moins de sa forme matérielle plus ou moins artistique, de la matière plus ou moins précieuse qui la compose, que de l'idée qu'elle représente, du pouvoir qu'elle a d'éveiller dans le public la pensée que le magasin qu'elle surmonte contient des produits de bonne qualité, et de pousser ainsi le public à acheter ces produits plutôt que d'autres analogues. La propriété d'une enseigne ne ressemble donc que de très loin à la propriété d'un meuble corporel ordinaire, et on ne peut songer à transporter à celle-là les règles de celle-ci ; une enseigne, économiquement et juridiquement parlant, est chose trop différente d'un meuble corporel tel qu'une glace, un tableau, pour qu'on puisse lui appliquer la théorie de l'immobilisation par incorporation (art. 525 c. civ.).

Dans l'espèce précédente, le raisonnement du vendeur était donc inadmissible : l'acquéreur était bien fondé à réclamer l'enseigne (1).

IV. — Très voisine de l'enseigne est la *marque de fabrique* ou de *commerce*. Elle sert à identifier, non plus le fonds lui-même, mais ses produits ; à raison même de son rôle, elle est, à moins de clause contraire formelle, comprise implicitement dans la cession du fonds. Sans la transmission de la marque, l'origine des produits n'est pas constatée, et il pourrait en résulter une entrave à la transmission de la clientèle. Aussi, comme le dit M. Pouillet (2) : « La vente de l'établissement commercial comprend virtuellement la marque qui n'en est qu'un des signes extérieurs, un des accessoires obligés. » Cela est vrai aussi des *étiquettes*.

On doit encore comprendre, parmi les accessoires cédés avec le fonds, les attributs, distinctions honorifiques ou médailles inhérentes au fonds lui-même. Au contraire, les distinctions honorifiques purement « personnelles », qui ne peuvent faire l'objet d'aucun commerce, doivent être considérées comme la propriété exclusive de celui qui les a obtenues et ne se transmettent pas avec le fonds (3).

(1) Dalloz, *Rép.*, v° *nom*, n° 90. — C'est par la même idée qu'on explique que la vente d'un tableau d'enseigne aux enchères ou autrement, ne donne pas à l'acquéreur le droit de se servir de cette enseigne pour son établissement commercial. Ce qu'il achète, c'est le tableau, et non pas l'enseigne, propriété commerciale. — Pouillet, *Marques de fabrique*, n° 393.

(2) Pouillet, *op. cit.*, n° 98.

(3) Paris, 2 mai 1864, S. 66, 1, 251, D. 66, 1, 342. — La loi du 12 mai 1866, art. 1^{er}, dispose que « l'usage des médailles n'est permis qu'à ceux qui les ont obtenues personnellement et à la

Quant à savoir s'il s'agit d'une distinction purement personnelle ou d'une distinction inhérente à l'établissement commercial et transmissible avec lui, ce sera une question de fait. Ainsi, l'industriel qui, dans une exposition ou dans un concours, a reçu des médailles ou distinctions honorifiques, peut, accessoirement à la vente de la maison de commerce, en considération de laquelle ces récompenses lui ont été décernées, transmettre à son successeur le droit de s'en prévaloir. Les juges du fond qui constatent que les contractants ont entendu comprendre cette transmission dans la cession de la maison et de la marque de fabrique, apprécient souverainement la commune intention des parties. Et même, lorsqu'une médaille a été obtenue dans une exposition par une maison de commerce, il nous semble que le successeur, qui a acheté tous les droits de cette maison sans aucune réserve, est bien fondé à faire figurer cette médaille sur ses circulaires, factures et imprimés. Cependant, lorsqu'une médaille a été accordée à une société en nom collectif dissoute depuis, nous estimons qu'un associé ne pourrait s'en servir au profit de sa maison, puisque l'être moral auquel cette récompense a été accordée a cessé d'exister et n'a pas eu de successeur.

V. — Parmi les objets se rattachant au fonds de commerce et servant à son exploitation figurent encore

maison de commerce en considération de laquelle elles ont été obtenues. » Par application de ce dernier membre de phrase, la jurisprudence distingue si la médaille a été donnée au mérite *personnel* ou si elle va plutôt à l'établissement et aux conditions dans lesquelles il fonctionne. Dans ce dernier cas, la distinction prend un caractère impersonnel et, s'adressant moins à l'industriel qu'à l'établissement dont elle devient une partie intégrante, elle peut être cédée avec lui. (Bourges, 21 janvier 1896, dans *le Droit* du 21 janvier 1897).

les *livres de commerce*. Sont-ils compris tacitement au nombre des accessoires transmis par le contrat de cession ?

La jurisprudence est divisée sur la solution de cette question. Un arrêt prétend que la vente du fonds n'emporte pas, de la part du vendeur, l'obligation de remettre à l'acquéreur les livres dépendant de fonds, s'il n'y a pas eu d'engagement spécial à cet égard (1). Un autre arrêt, au contraire, décide, incidemment il est vrai, mais d'une manière bien catégorique, que ces registres deviennent la propriété de l'acquéreur.

Cette dernière solution nous paraît seule juridique : en effet, la cession d'un fonds en comprend nécessairement tous les accessoires et partant les livres de commerce. Dès lors si, au moment de la vente, le vendeur ne fait aucune réserve en ce qui concerne ces registres, il en transmet par là même la propriété à l'acquéreur, comme celle de tous les autres éléments accessoires.

Cette interprétation nous semble conforme à l'intention des parties : du vendeur qui n'a fait de restriction pour aucun des accessoires, de l'acheteur qui a entendu en devenir propriétaire indistinctement. Enfin, la disposition de l'art. 1602, al. 2, du code civil, nous paraît décisive en faveur de notre opinion.

VI. — D'autres difficultés, très délicates, se sont élevées relativement à la *correspondance* adressée au vendeur *après* la vente du fonds. Doit-elle, comme par le passé, être portée au vendeur ? Ou bien l'acquéreur du fonds a-t-il le droit d'exiger qu'elle lui soit désormais remise directement ? On voit par avance l'intérêt de la question. En effet, en cédant l'achalan-

(1) Paris, 10 déc. 1864, J. C. 14, 303.

dage, le vendeur cède implicitement les commandes qui peuvent être faites, soit verbalement, soit par correspondance. Dans beaucoup d'industries c'est par lettres missives adressées au propriétaire du fonds de commerce que se font la plupart des commandes. Si les clients ignorent le changement de propriétaire, ils continueront à faire parvenir leurs ordres par lettres au nom du vendeur. Ces commandes doivent incontestablement profiter à l'acquéreur; mais alors on se demande si cet acquéreur est autorisé, pour en prendre connaissance, à ouvrir les lettres ainsi adressées au nom de son prédécesseur. L'accord est loin d'être fait sur la solution de cette question.

Une première opinion, se basant sur le principe de l'inviolabilité du secret des lettres, prétend qu'il appartient au vendeur seul de recevoir toutes les lettres envoyées à son adresse.

Une seconde opinion propose de renvoyer les parties devant le directeur des postes, conformément au règlement de mai 1832, avec mission pour ce fonctionnaire de remettre au vendeur les lettres à lui personnelles et à l'acheteur la correspondance de la maison de commerce (1).

Nous ne pouvons nous rallier ni à l'un ni à l'autre de ces systèmes : le premier méconnaît cette idée que la vente d'un fonds comprend l'établissement et la clientèle et par conséquent les commandes qui y sont relatives.

Quant au deuxième système, s'il est plus juridique que le premier, nous sommes néanmoins obligés de le rejeter d'un mot en disant que sa mise en pratique

(1) Rousseau : *De la correspondance*, n° 121. — Ruben de Couder : *Dict. de droit com.*, v° *Fonds de commerce*.

est absolument impossible à raison de la surcharge d'occupation qu'il imposerait au directeur des postes et du retard que cette façon de procéder apporterait dans la distribution des lettres.

Nous ne pensons pas encourir les critiques adressées aux deux opinions précédemment exposées en nous ralliant à un troisième système qui consiste à dire que c'est à l'acquéreur que devra être remise la correspondance *commerciale* adressée au vendeur du fonds de commerce.

En effet, cette solution nous paraît s'imposer puisqu'il y a eu vente du fonds, c'est-à-dire transmission de l'établissement et de la clientèle, et cette transmission, pour être utile à l'acquéreur, doit nécessairement comprendre le droit pour ce dernier de recevoir la correspondance qui renferme les commandes. Ces lettres doivent être considérées comme étant adressées directement à la maison de commerce elle-même et point du tout à la personne de l'ancien propriétaire (1).

Précisant davantage notre sentiment, nous dirons qu'il ne vise que les lettres qui ont un caractère *commercial*, et par là nous voulons dire celles qui portent comme suscription, outre le nom du commerçant, sa qualité de....., la rue et le numéro du siège de l'établissement. Il n'y a pas d'équivoque possible sur le caractère commercial de ces lettres qui sont adressées en réalité plutôt au fonds qu'au propriétaire, et c'est à juste titre, il nous semble, qu'elles devront être remises entre les mains de l'acquéreur.

Nous pensons être ainsi fort respectueux du prin-

(1) En ce sens ; Cass. 10 avril 1866, S. 86, 1. 251.

cipe de l'inviolabilité du secret des lettres qui exige que seul le véritable destinataire prenne connaissance de la correspondance. Or, comme nous croyons l'avoir démontré, dans notre hypothèse, les lettres commerciales doivent pour ainsi dire être remises au fonds lui-même, ou mieux au propriétaire actuel. Cette solution est autant conforme à l'intention de l'expéditeur que commandée par le contrat de cession intervenu entre le vendeur et l'acquéreur.

C'est donc dire implicitement, et c'est là comme le complément de notre opinion, que la correspondance *privée*, celle qui a un caractère personnel, devra bien être remise au vendeur directement, et il sera presque toujours facile de la distinguer de la correspondance commerciale, étant donnée la suscription qui révélera indubitablement le caractère de cette dernière. D'autant qu'à l'inverse, les lettres d'un caractère vraiment confidentiel porteront souvent la mention « personnelle », afin que le commis ou employé au dépouillement de la correspondance n'en prenne pas connaissance.

Le système que nous venons d'exposer est généralement adopté par la jurisprudence (1).

(1) Trib. com. Seine, 17 février 1854. — Paris, 26 janvier 1855, J. C. l. 181. — Paris, 7 mars 1864, D. 66. l. 34. — Cass. 10 avril 1866, S. 66. l. 251. — D. 66, l. 342. — Un arrêt de la cour de Lyon est conçu en ces termes : « Les lettres adressées au vendeur, sous son ancien nom commercial, doivent être remises à l'acquéreur de la maison de commerce et celles à lui adressées en son nom particulier doivent lui être remises à lui-même ». — Lyon, 10 décembre 1867. — Idem : Trib. com. Seine, 7 septembre 1882. — Paris, 20 novembre 1883 ; il y est dit en substance : « L'acquéreur autorisé à se dire seul successeur du vendeur, a seul le droit d'ouvrir les lettres portant la suscription de la dénomination commerciale sous laquelle le fonds est connu de la clientèle ». — Amiens, 9 décembre 1882, J. C. 33. 365.

SECTION II

OBLIGATION DE GARANTIE

Outre l'obligation de délivrance, la personne qui cède un fonds de commerce est tenue aussi, comme un vendeur quelconque, de l'obligation de garantir l'acquéreur contre les évictions (art. 1625 et 1626 code civ.). Cette obligation de garantie porte sur tous les éléments du fonds de commerce : aussi bien sur les marchandises, le matériel d'exploitation, la marque, que sur le droit au bail et sur l'achalandage. Mais c'est surtout dans son application à ce dernier élément qu'elle a donné lieu à de graves difficultés. Aussi bien devait-il en être ainsi, puisque l'achalandage est le principal élément d'un fonds de commerce. Il n'est donc pas étonnant que l'obligation de garantie se traduise ici, surtout par l'interdiction pour le vendeur de faire quoi que ce soit qui pourrait diminuer, au préjudice de l'acquéreur, la clientèle cédée ; et c'est principalement de la portée et de l'étendue de cette interdiction que nous traiterons dans cette section.

Toutefois, l'obligation de garantir aussi le droit au bail a été, en pratique, la source de quelques difficultés et il est nécessaire d'en dire tout d'abord quelques mots.

Comme nous l'avons déjà remarqué (1), il est évident que le vendeur doit garantir l'*existence* même du droit au bail ; si bien qu'à son défaut l'acquéreur

(1) Au début du § II de la section précédente, page 78.

pourrait obtenir la résolution du contrat avec dommages-intérêts (art. 1184 code civ.). — Mais, en outre, le cédant doit garantir la *paisible possession* des lieux loués ; et, dans le cas où le propriétaire de l'immeuble apporterait des troubles à la jouissance du cessionnaire du fonds, celui-ci pourrait s'attaquer non seulement au propriétaire, mais encore directement à son cédant, car le locataire principal est garant direct vis-à-vis de son locataire. — Cette obligation de garantir le droit au bail cesserait d'ailleurs (comme toute obligation de garantie) si la résiliation du bail était le résultat d'un cas de force majeure, car le vendeur ne doit pas, en principe, la garantie des cas fortuits et des événements de force majeure. Ainsi, quand la résiliation du bail survient par suite de la démolition de la maison, ordonnée pour cause de vétusté, le vendeur n'est pas tenu de l'obligation de garantie, et l'acquéreur ne saurait, en pareille occurrence, obtenir la résiliation avec dommages-intérêts de la cession du fonds de commerce (1).

Mais ce n'est là qu'un aspect en quelque sorte secondaire de la question. L'objet principal de l'obligation de garantie est, comme nous l'avons dit, l'achalandage, la clientèle ; elle consiste surtout dans l'interdiction de porter atteinte aux droits de l'acquéreur sur la clientèle cédée, en exploitant un commerce similaire susceptible de détourner par la concurrence une partie de la clientèle. — Cette interdiction, implicitement contenue dans l'obligation de garantie de droit commun, est d'ailleurs le plus souvent stipulée et précisée dans le contrat de vente par une clause spéciale.

(1) Paris, 5 décembre 1864, S. 65. II. 146.

Nous étudierons successivement la portée de l'interdiction de se rétablir, d'abord quand elle résulte seulement de l'obligation générale de garantie, puis quand elle fait l'objet d'une clause spéciale du contrat de vente. Cette recherche fera l'objet de deux paragraphes. Dans un troisième et dernier, nous examinerons quelques difficultés communes aux deux hypothèses.

§ 1. — *De l'interdiction de se rétablir en l'absence de toute clause spéciale du contrat de vente.*

Il importe d'abord de bien préciser la question. Nul doute bien évidemment que, même en l'absence de toute clause spéciale, le cédant d'un fonds de commerce ne soit passible de dommages-intérêts lorsqu'il fait à l'acquéreur une concurrence déloyale. Un individu quelconque, ne fût-il pas vendeur, encourrait dans ce cas une condamnation (art. 1382 code civ.). — Mais nous supposons que le cédant fait au cessionnaire une concurrence parfaitement loyale, en ce sens du moins que si elle était faite à toute autre personne qu'à l'acquéreur, celle-ci ne pourrait pas se plaindre. — Dans cette hypothèse néanmoins, l'obligation de garantie qui pèse sur tout vendeur ne s'oppose-t-elle pas à ce que le cédant exerce ce commerce similaire de celui qu'il a vendu au cessionnaire ? La question est fort délicate et on rencontre sur ce point, tant en doctrine qu'en jurisprudence, trois opinions opposées.

D'après une première doctrine, en l'absence d'une clause expresse à cet égard, le vendeur peut se rétablir n'importe où et n'importe quand. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, posé par la loi des 2 et 17 mars 1791, l'y autorise, puisqu'il n'y

a été porté aucune restriction conventionnelle par les parties contractantes (1).

Cette opinion nous paraît inadmissible : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne comporte pas seulement des restrictions conventionnelles expresses, mais aussi tacites. Or, l'obligation de garantir la clientèle dont est tenu le vendeur, ne renferme-t-elle pas implicitement une restriction de ce genre ? Le cédant ne s'engage-t-il pas tacitement à s'abstenir de toute concurrence qui pourrait détourner la clientèle cédée ? — Aussi bien cette première opinion est-elle aujourd'hui universellement abandonnée.

D'après un second système, diamétralement opposé, l'obligation de garantie aurait pour effet d'empêcher le vendeur de se rétablir, et cela d'une *manière absolue*, n'importe où et n'importe quand. Toute installation d'un établissement similaire lui serait désormais interdite, quel que soit le temps ou le lieu qu'il choisit pour s'installer à nouveau ; car il doit s'abstenir de tout acte pouvant détourner, ne fût-ce que d'une manière très indirecte, la clientèle par lui cédée (2).

Ce second système nous paraît aussi trop absolu. Il peut très bien se faire qu'en fondant un établissement nouveau, dans une ville éloignée de celle où se trouve le fonds cédé, le vendeur ne détourne en aucune manière l'achalandage de ce fonds. Et alors nous ne voyons pas en quoi l'installation de ce nouvel établissement constitue une violation de l'obligation de garantie.

Nous nous rallions par conséquent à un troisième

(1) Toulouse, 27 août 1883. *Gaz. trib.*, 4 octobre 1883.

(2) Paris, 7 février 1856, J. C. 5, 246. — Paris, 25 janvier 1861, J. C. 10. 291.

système intermédiaire, de beaucoup le plus répandu et d'après lequel, en l'absence de toute clause spéciale, le vendeur peut se rétablir, mais à la condition de ne point détourner, par sa concurrence, la clientèle cédée à l'acquéreur. Quant à savoir dans quels cas l'établissement nouveau peut détourner une partie de la clientèle cédée, et dans quels cas il ne fait courir au cessionnaire aucun danger de cette espèce, c'est une question de fait à trancher par les tribunaux. Ce système nous paraît concilier d'une manière très satisfaisante les deux principes également respectables qui sont engagés dans la controverse, c'est-à-dire la garantie dans les contrats et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. — Le seul reproche qu'on puisse lui adresser, c'est qu'il laisse une trop grande place à l'arbitraire du juge.

Nous répondrons que cet inconvénient pouvait exister lorsque la jurisprudence n'était pas encore arrivée à poser des règles générales d'interprétation applicables aux cas les plus fréquents. Mais aujourd'hui la pratique judiciaire est bien fixée en ce sens que, pour la résolution des questions du genre de celles que nous agitions, il faut prendre en considération l'*éloignement* plus ou moins grand des deux fonds et l'*intervalle* de temps écoulé depuis le jour de la vente à celui de la demande.

Quelques arrêts qui donneront une idée plus exacte de l'état de la jurisprudence sur la matière :

La cour d'Agen a jugé que le vendeur ne peut créer dans la *même ville* un établissement rival de celui qu'il a cédé et lui faisant concurrence, à moins qu'il ne se soit réservé expressément cette faculté (1).

(1) Agen, 20 juin 1860, D. 60. II. 176.

Dans le même sens, la cour de cassation a décidé (1)
« qu'un fonds de commerce étant mis en vente par
deux associés en liquidation avec la garantie de droit
commun à la charge des vendeurs, ceux-ci manquent
à cette obligation si *le jour même de l'entrée en
jouissance* de l'adjudicataire l'un d'eux a créé dans
le *voisinage* un établissement similaire reprenant
ainsi indirectement la clientèle, principale valeur du
fonds vendu, et les juges du fonds peuvent trouver
dans ce fait le principe d'un dommage dont il doit
réparation à l'acquéreur évincé. »

Au contraire, dans des espèces où le vendeur s'était
établi dans un lieu trop éloigné de son ancien fonds
pour attirer à lui la clientèle, ou ne s'était établi
qu'après un temps fort long, les tribunaux ont refusé
à l'acquéreur tout droit à des dommages-intérêts (2).

L'aspect général de la jurisprudence se dégage suf-
fisamment des décisions qui précèdent.

Du reste, si les parties veulent échapper à l'appré-
ciation des tribunaux, elles n'ont qu'à préciser, par
une clause spéciale du contrat de vente, les conditions
dans lesquelles il est permis ou défendu au vendeur
de se rétablir. L'étude de ces clauses spéciales doit
faire l'objet de notre second paragraphe.

§ II. — *Des clauses expresses portant interdiction
pour le vendeur de se rétablir.*

Ces stipulations sont très usitées en pratique, car,
en précisant les obligations des parties, elles évi-

(1) Cass. req. 18 juin 1897. *Gaz. trib.* 7 juillet 1897.

(2) Bordeaux, 20 juin 1871, confirmé en Cass. 26 juin 1873,
S. 73. I. 97. Dans le même sens : Lyon, 11 janvier 1897, dans
la *Loi* du 21 mai.

tent souvent des difficultés. Toutefois elles ne les font pas disparaître toutes et donnent lieu elles-mêmes à quelques questions très délicates.

La première est celle de leur validité. Ces clauses expresses, interdisant au vendeur de se rétablir, sont-elles valables ? Ici encore nous retrouvons les deux systèmes absolus que nous avons déjà exposés et repoussés lorsque, dans le paragraphe précédent nous examinions les effets de l'obligation de garantie.

Des auteurs, invoquant l'article 1134 du code civil sur la liberté des conventions, valident toutes ces clauses, si générales soient-elles. D'autres, au contraire, se basent sur ce que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (loi des 2 et 17 mars 1791) est d'ordre public, les annulent toutes d'une manière absolue, comme contraires à ce principe.

Nous croyons, avec la grande majorité des auteurs et des arrêts que la vérité se trouve dans un système intermédiaire. Sans doute une interdiction ayant une portée absolue, qui défendrait au vendeur de se rétablir en n'importe quel lieu et n'importe quel temps, serait nulle, parce qu'elle violerait le principe d'ordre public de la liberté du travail. Mais une clause d'interdiction seulement relative, c'est-à-dire limitée quant au temps et quant au lieux est parfaitement licite, et les juges doivent la faire respecter.

La cour de Paris (1) a rendu récemment sur cette question un arrêt de principe remarquable par la netteté et la précision de ses considérants :

« Considérant, dit-elle, que si, aux termes de l'art. 7 de la loi des 2. 17 mars 1791, les conventions qui interdisent l'exercice d'un commerce ou d'une

(1) Paris, 12 janvier 1898, *Gaz. Pal.*, 4 mars 1898.

industrie sont nulles.... *c'est à la condition que l'interdiction soit générale et absolue, qu'elles sont valables au contraire quand la renonciation à l'exercice d'un certain commerce ou d'une certaine industrie, quoique perpétuelle, est restreinte à un lieu déterminé, ou que, s'étendant à tous les lieux, elle est renfermée dans un certain temps.... »*

Ainsi, aux termes de cet arrêt, il suffit de la relativité soit dans le temps, soit dans l'espace. Pour que la clause soit valable, il n'est même pas nécessaire, semble-t-il, que l'interdiction soit limitée aux deux points de vue en même temps ; il suffit de la limitation ou bien dans le temps, ou bien dans l'espace (1).

Dans cette mesure, à la condition de n'être que relatives, les conventions interdisant au vendeur de se rétablir sont valables (2). Mais si l'interdiction était

(1) Cette solution est d'ailleurs contestable. Et on conçoit que l'on exige la relativité à la fois dans le temps et dans l'espace. Cette opinion paraît bien être celle de MM. Lyon-Caën et Renault, qui déclarent que « l'interdiction ne doit s'appliquer ni à tous les temps ni à tous les lieux ». (Lyon-Caën et Renault, *op. cit.* III, n° 247 bis).

L'obligation de garantie emporte pour le vendeur d'un fonds de commerce le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé ; si elle ne peut autoriser des mesures incompatibles avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et justifier une interdiction absolue de faire le même commerce, et, à plus forte raison, un commerce quelconque, elle permet à l'acheteur de s'opposer à ce que son vendeur vende une certaine catégorie d'objets et se dise agent général d'une maison concurrente.

Cas. civ., 11 mai 1898, *Gaz. trib.*, 4 septembre 1898 ; S. 98. I. 265. V. *Pasicrisie française*, 1897. 310.

(2) En ce sens, *adde* : Cass. 30 mars 1885, S. 85., I. 216. Cas. 27 avril 1884 et 10 mars 1886, S. 86., I. 294 et 296.

générale et absolue, la classe qui la stipule serait entachée de nullité. Toutefois il ne faut pas exagérer les conséquences de cette nullité. De ce que la clause est nulle, il ne résulte pas du tout que le vendeur ait le droit de se rétablir partout et en tout temps. A défaut d'une interdiction conventionnelle expresse, le cédant reste en effet tenu de l'obligation de garantie qui, dans la mesure que nous avons dite (voir le paragraphe précédent) s'oppose à ce qu'il exerce un commerce similaire. L'annulation de la clause contractuelle expresse ne fait pas disparaître cette obligation de garantie (1).

Les difficultés qui précèdent ne sont pas les seuls qu'ont fait naître les clauses portant interdiction de se rétablir. Leur validité étant reconnue (à la condition bien entendu qu'elles ne soient que relatives), il s'est agi de les interpréter, ; et, faute de précision dans les termes employés par les contractants, cette interprétation a donné lieu à de nombreux procès.

Ainsi, presque toujours on a soin de stipuler, dans

(1) Dijon, 28 nov. 1866, J. C. 18. 481. Cass. 31 mars 1884, *Gaz. du Palais* 2 août. Cas. req. 21 juillet 1873, D. 76., I. 70.

Trib. com. St-Etienne, 7 juillet 1897, *le Droit*, 22 juillet : « La convention stipulée dans une vente de fonds de commerce par laquelle l'une des parties se soumet envers l'autre à ne pas exercer une profession ou une industrie dont la concurrence serait de nature à causer préjudice à celle-ci, est illicite lorsqu'elle est générale, et absolue quant au lieu et quant au temps. Mais en matière de fonds de commerce, la garantie étant de l'essence même de ce contrat, lorsque le vendeur fonde directement ou indirectement dans le voisinage du fonds aliéné un établissement similaire et reprend ainsi la clientèle comprise dans la vente par lui consentie, les tribunaux peuvent trouver dans ce fait le principe d'un dommage dont le vendeur doit réparation à l'acquéreur évincé. »

Adde : Paris, 28 mars 1895, S. 96. II. 234.

le contrat de cession, à quelle distance ou dans quel rayon le cédant ne pourra pas se rétablir. Cette stipulation écarte une nouvelle cause de conflit ; le vendeur ne pourra s'établir à la distance ou dans le rayon fixé, alors même qu'en fait aucun préjudice n'en résulterait pour le cessionnaire ; les tribunaux n'auront pas à examiner cette question de préjudice. Mais cette clause fait naître une autre difficulté : comment calculera-t-on la *distance* ou le *rayon* dans lesquels le cédant ne doit pas se rétablir ?

On conçoit deux procédés possibles de calcul, soit géométriquement (à vol d'oiseau), soit en suivant par les rues et les routes le chemin le plus court. Les parties peuvent se référer à l'un ou à l'autre de ces modes de calcul. Lorsqu'elles se sont expliquées formellement sur ce point, il n'y a qu'à faire application du procédé qu'elles ont choisi. À défaut de clause formelle, il faudra rechercher, dans toutes les circonstances de la cause, le mode de calcul qu'elles ont eu l'intention d'adopter.

Mais il se peut qu'on n'arrive pas à découvrir cette intention commune. Dans ce cas, comment procéder ? Trois opinions ont été émises sur ce point. La nôtre est qu'il faut s'attacher au sens littéral des termes qui ont été employés.

Dans le premier cas, celui d'un acte portant interdiction de se rétablir, à moins de telle *distance*, nous estimons que cette expression, entendue dans son acception usuelle, implique le calcul de la distance en suivant à travers les rues le chemin le plus court du fonds aliéné au nouveau fonds. — Au contraire, dans un acte de cession a-t-on employé le mot *rayon* ? Nul doute, à notre avis, que cette expression ne doive s'entendre d'une manière géométrique, c'est-à-dire en

calculant en ligne droite, à vol d'oiseau, la distance qui sépare les deux fonds (1).

Toute autre solution est contraire à la signification vraie des termes arrêtés d'un commun accord entre le vendeur et l'acquéreur. C'est en somme imposer aux parties une décision purement arbitraire, c'est faire lettre morte des conventions qu'elles ont passées.

C'est bien à ce résultat qu'aboutissent deux opinions différentes de celle que nous avons admise : d'après la première, quelle que soit l'expression employée, *distance* ou *rayon*, peu importe, le périmètre interdit doit se calculer à vol d'oiseau (2). D'après la seconde, au contraire, que la clause d'interdiction renferme les mots rayon ou distance, elle doit s'entendre dans l'un comme dans l'autre cas, de l'éloignement des deux fonds en suivant le parcours des rues et en tenant compte des circuits (3).

Ces deux opinions absolues qui considèrent comme synonymes les mots *rayon* et *distance* et qui concluent à deux solutions différentes, sont pour le moins étranges.

Nous ne comprenons pas pour notre part, le reproche que MM. Lyon-Caën et Renault adressent à l'opinion à laquelle nous nous rallions : elle est d'une trop

(1) En ce sens : Paris 30 juillet 1881. S. 2. II. 4. — 19 juillet 1883, 83. S. II. 247. *La Loi* des 8 et 9 avril 1889. — Muzard, *Rep. de jurisprudence com.*, table II, v° *fonds de commerce*.

(2) Paris, 6 février 1875. J. C. 24. 481. — 20 avril 1880, S. 81. II. 134. — Ruben de Couder, *Dict. de droit com.*, v° *fonds de commerce*, n° 5 bis.

(3) Paris, 20 décembre 1862, J. C. 12. 129. — Com. Seine, 25 octobre 1865, D. 71. V. 400.

grande subtilité, nous disent ces éminents auteurs, pour être conforme à l'intention probable des parties.

Mais nous discutons précisément dans cette hypothèse où il n'a pas été possible de connaître cette intention et alors, ne trouvant comme élément de décision que les termes de *rayon* ou de *distance* contenus dans l'acte de cession, cette solution d'interprétation littérale nous paraît s'imposer tant au point de vue rationnel qu'au point de vue juridique.

La clause d'interdiction de se rétablir dans un rayon déterminé a soulevé une autre difficulté d'interprétation. Entraîne-t-elle pour le vendeur, non seulement l'obligation de ne pas fonder dans ce rayon un établissement nouveau, mais encore celle de s'abstenir de tout acte de commerce avec un client habitant dans le périmètre interdit, quand même le client s'adresserait au vendeur établi dans une autre localité et en dehors de la zone prohibée ? Les tribunaux ont été plusieurs fois saisis de questions de ce genre ; voici la doctrine qui semble se dégager de l'ensemble de leurs décisions :

Lorsque le vendeur s'est rétabli en dehors du rayon interdit, il peut vendre chez lui à tout acheteur qui se présente, à tout client ancien et nouveau, d'où qu'il vienne et où qu'il aille, quand même il habiterait le périmètre défendu ; et il peut même livrer ses commandes au domicile de l'acheteur, quoiqu'il soit situé dans la zone prohibée ; mais cette faculté n'existe pour le cédant que si les commandes ont été faites *spontanément* à son nouvel établissement commercial (1)

(1) Trib. com. Nantes, 4 juillet 1888, *Recueil de Nantes*, 88, 2. 75. — Paris, 13 décembre 1897, *Gaz. Palais*, 3 mai 1898.

Si au contraire le vendeur, après s'être rétabli dans une autre région, venait par lui-même ou par ses préposés, faire acte de commerce dans le périmètre interdit, y solliciter la clientèle par ses offres de service, de pareils agissements constitueraient une violation de la clause stipulée (1).

Souvent aussi, les parties restreignent l'interdiction à un genre de commerce déterminé. Elles conviennent par exemple que le cédant conserve le droit de faire le commerce en gros, mais non le commerce de détail, ou inversement. Dans ce cas, où finit le commerce de détail ; quel acte au contraire appartient au commerce de gros ?

On comprend qu'on ne puisse établir sur ce point de *criterium* bien précis, alors du moins que l'acte de vente est muet, ou que l'intention des parties n'apparaît pas clairement. Dans les situations de ce genre, les décisions des tribunaux offrent une grande diversité imposée d'ailleurs par la variété des espèces à trancher (2). La cour de Lyon cependant nous paraît s'être arrêtée à un *cciterium* d'une application facile et susceptible de donner satisfaction, au moins dans une large mesure, aux intérêts des parties en cause : il y a vente au détail, décide-t-elle, lorsque le débit est fait directement aux consommateurs sans intermédiaires (3).

L'acte où il est dit que le vendeur d'un fonds de commerce se réserve la vente en gros, doit être interprété suivant l'acception habituelle d'une pareille

(1) Paris, 20 mai 1890, *Annales, propriété industrielle*, 1891. 24 et les renvois.

(2) Comm. Seine, 17 février 1877, J. C. 25. 247.

(3) Lyon, 17 février 1882, S. 82. II. 213.

expression et, en la matière, la loi du 15 juillet 1880 nous fournit une indication non équivoque. Sans se préoccuper des quantités vendues, elle qualifie marchands *en gros* ceux qui vendent habituellement aux détaillants et aux consommateurs ; marchands *en détail* ceux qui ne vendent habituellement qu'aux consommateurs (1).

Telles sont les règles directrices qu'il convient d'appliquer à la question qui nous occupe. Elles paraissent bien avoir inspiré d'autres décisions judiciaires (2), mais, nous le répétons, en notre matière, il n'y a pas de principes absolus et l'équité doit avant tout servir de guide aux tribunaux dont la préoccupation sera de déjouer les actes du vendeur qui paraîtraient de nature à détourner à son profit une partie de la clientèle cédée à l'acquéreur du fonds de commerce.

Que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir résulte seulement de l'obligation de garantie, ou qu'elle soit stipulée par une clause spéciale de la vente, elle soulève un certain nombre de questions communes aux deux hypothèses. Nous en avons réservé l'examen pour un troisième paragraphe.

§ III. — *Questions communes aux deux hypothèses.*

Ces questions consistent :

1° A déterminer de quels actes l'interdiction de se rétablir oblige le vendeur à s'abstenir.

2° A fixer les conséquences de son rétablissement illégal.

(1) V. loi du 15 juillet 1880 *in fine*.

(2) Pontoise, 17 janvier 1882, J. C. 31, 366.

3° A déterminer les personnes qui peuvent se prévaloir de cette interdiction et celles contre lesquelles on la peut invoquer.

Quant aux actes dont le vendeur doit s'abstenir, c'est aux tribunaux à apprécier, dans chaque espèce, si tel acte déterminé est ou n'est pas de nature à détourner la clientèle cédée. On comprend qu'il soit impossible de poser, à cet égard, aucune règle générale. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le cédant ne peut pas plus se rétablir indirectement que directement. Il ne faut pas interpréter l'interdiction si restrictivement qu'on donne au vendeur le droit de causer à l'acquéreur, par une voie détournée, un préjudice aussi grand que celui qui résulterait pour ce dernier de la création directe et publique d'un établissement similaire. Il convient de s'attacher moins à la forme des procédés employés qu'au résultat produit. Ainsi, le vendeur ne pourrait pas s'associer à un concurrent de son acheteur ; ou bien autoriser sa femme à exercer un commerce similaire. Il ne pourrait pas non plus, après s'être rétabli en dehors du rayon défendu, envoyer ses commis-voyageurs solliciter la clientèle habitant dans ce périmètre (1). Ce sont là des actes cachant un rétablissement indirect et

(1) *Add* cette autre espèce jugée par la Cour de Bordeaux, 4 mai 1859, D. 60, II, 49 : « Celui qui, en vendant un fonds de commerce, s'est interdit de former un établissement du même genre dans un certain rayon, néanmoins le droit de louer une maison qu'il possède dans ce rayon pour l'établissement d'un commerce du même genre, pourvu qu'il y reste complètement étranger et ne fasse rien pour y attirer l'achalandage du fonds par lui vendu. Mais il manque à son engagement s'il concourt à former cet établissement rival et s'il y prend un intérêt. »

Idem, Cour de Dijon, 27 nov. 1878, D. 80, I, 37.

prohibé au même titre que l'installation publique d'un nouveau fonds de commerce.

Toutefois, il faut se garder d'exagérer la portée de l'interdiction et de l'étendre à des opérations qu'elle n'atteint pas. Ainsi, rien n'empêcherait, en principe, le vendeur de prêter de l'argent à un commerçant concurrent (1).

Et de même, « le vendeur d'un fonds de commerce d'épicerie comportant, comme accessoire, le commerce de la fruiterie, ne contrevient pas à la clause du traité qui lui interdit de créer ou d'exploiter un établissement similaire, lorsqu'il se borne à vendre les fruits et les légumes de son propre jardin. En vendant ses produits, *il ne fait pas acte de commerce*, et, par suite, de tels agissements n'ont pas le caractère d'actes de concurrence déloyale au regard du cessionnaire (2) ».

On voit, par ces espèces empruntées à la jurisprudence la plus récente, combien tout ceci est affaire de nuances et de distinctions ; et il sera souvent très délicat, en fait, de savoir si tel acte constitue ou ne constitue pas, de la part du cédant, une violation de ses engagements.

Quand il en est ainsi, quelles sont *les conséquences de ce rétablissement illégal* du vendeur ? Il fait naître au profit du cessionnaire une double action. Celui-ci peut (art. 1184 c. civ.) demander la résolution de la vente avec dommages-intérêts. Mais il a le

(1) Com. Seine, 10 octobre 1889. *La Loi*, n° du 23 octobre 1889. Cass. req. 18 juin 1897, *Gaz. Palais*, 97, 2, 114, et un arrêt très intéressant de la Cour de Paris (7^e chambre), 3 mars 1897, *Gaz. Palais*, 21-22 mars 1897.

(2) Cour de Paris, 20 juillet 1897, *Gaz. trib.*, 4 déc. 1897.

droit, s'il le préfère, de prendre un second parti, c'est-à-dire de faire condamner le cédant à des dommages-intérêts, ou même d'obtenir un jugement ordonnant la fermeture *manu militari* du nouvel établissement (1). En principe, son choix entre l'un ou l'autre de ces partis est entièrement libre ; cependant, dans certaines hypothèses, il ne pourrait obtenir que des dommages-intérêts : par exemple si le vendeur, pour exercer un commerce en concurrence avec le fonds vendu, s'est associé avec un tiers de bonne foi, qui ignore les engagements contractés envers l'acquéreur du fonds ; la condamnation à des dommages-intérêts doit frapper le vendeur seul, sans que la fermeture du fonds puisse être ordonnée. Mais si le tiers associé du vendeur est de mauvaise foi, outre la condamnation aux dommages-intérêts prononcée solidairement contre les associés, la fermeture de l'établissement pourra être ordonnée (2).

Telles sont la portée et la sanction de l'interdiction de se rétablir. Il convient de rechercher maintenant, conformément au plan que nous nous sommes tracé, sur quelles personnes pèse cette obligation et par qui elle peut être invoquée.

Elle pèse d'abord évidemment sur le vendeur, mais passe-t-elle à ses *héritiers* ?

En principe, cela ne paraît pas douteux, car c'est une règle de droit commun que les engagements de l'auteur se transmettent passivement à ses héritiers et ayants cause (art. 1122 c. civ.) (3). Cette solution

(1) Cass , 21 février 1862, J. C. II, 423.

(2) Paris, 30 juin 1854, S. 55, II, 655.

(3) Cour Paris, 19 mai 1849, D. 1850, II, 51. — Cour de Rouen, 16 déc. 1896. L'obligation de ne pas faire de concurrence à

s'impose particulièrement quand l'héritier porté le même nom que le vendeur. S'il en était autrement, ceux-là même qui profitent du prix du fonds comme héritiers, pourraient nuire impunément à l'exécution d'un contrat dont ils bénéficient, en prenant pour raison commerciale un nom dont l'acheteur a dû ne pas vouloir accepter la concurrence. Toutefois, selon les circonstances, le juge peut apporter certains tempéraments à ce principe. Il en serait ainsi par exemple quand l'héritier ne s'établit qu'assez longtemps après la cession, alors que la clientèle a eu tout le temps de se transmettre, ou bien quand il ne porte pas le même nom que le défunt et que, par suite, toute confusion entre les deux fonds est impossible (1).

Les héritiers ne sont pas les seuls ayant cause du vendeur auxquels passe l'interdiction de se rétablir. Elle s'étend aussi à la femme commune en biens, car celle-ci est tenue, et même pour le tout, de l'obligation indivisible de garantie qui grève la communauté du chef du mari (2).

l'acquéreur du fonds de commerce que l'on a vendu, étant une suite essentielle de la vente du fonds, c'est-à-dire d'un acte de commerce, les tribunaux consulaires sont compétents pour connaître les actions intentées aux héritiers du vendeur à raison des faits de concurrence reprochés à celui-ci. La fille héritière du vendeur du fonds de commerce est bien tenue de l'obligation de garantie envers l'acquéreur.

(1) Cass., 11 décembre 1896, J. C., avril 1898.

(2) C'est ce que sous-entend le tribunal de Nantes par un jugement du 1^{er} mai 1897 (*Gaz. trib.*, 19 septembre) : la clause par laquelle un commerçant s'est interdit, en vendant son fonds de commerce, de se rétablir dans un périmètre déterminé, est opposable à sa femme commune en biens. Il en est ainsi même au cas où celle-ci serait en instance de divorce au moment où elle entreprend un commerce similaire à celui de son mari. La

Si l'interdiction de se rétablir se transmet passivement, le droit de défendre ce rétablissement peut aussi faire l'objet de transmissions successives. — Ainsi, il arrive souvent qu'un fonds de commerce est, en peu d'années, l'objet de plusieurs ventes consécutives et que le vendeur primitif attend pour se rétablir que le fonds vendu ait passé, par l'effet d'une seconde cession, entre les mains d'un sous-acquéreur. Quelle est alors la situation de ce sous-acquéreur ? Contre qui peut-il agir en garantie si le premier cédant vient à fonder un nouvel établissement similaire ?

D'abord il est certain que le sous-acheteur peut agir contre son vendeur direct, à raison du trouble apporté à sa jouissance ; car l'absence de concurrence est une condition si essentielle de la prospérité du fonds cédé, qu'il est naturel de supposer qu'en revendant, le premier acheteur a entendu garantir le sous-acheteur contre les actes du premier vendeur.

Le sous-acquéreur peut aussi certainement agir contre le vendeur primitif par l'action oblique de l'article 1166 du code civil, car la seconde vente n'a pas éteint l'obligation de garantie dont le premier cédant est tenu vis-à-vis du premier acquéreur, en vertu du contrat primitif. — Mais le sous-acheteur ne peut-il pas en outre agir directement en garantie contre le premier vendeur ? La question a une grande importance en cas de faillite du premier acheteur ; car, grâce à cette action directe, le sous-acquéreur n'en sera pas réduit à produire comme créancier dans la

femme ne saurait se soustraire à la responsabilité qu'elle encourt de ce chef en prétendant que le commerce qu'elle a entrepris est sous le nom de son père. Mais le mari n'est pas dans ce cas responsable des agissements auxquels sa femme se livre sans son autorisation.

faillite de celui-ci; les dommages-intérêts qu'il obtiendra du premier vendeur lui appartiendront à lui seul, au lieu d'être divisés au marc le franc entre les créanciers du failli. Nous croyons qu'il faut accorder au sous-acquéreur cette action directe : car il est naturel de supposer qu'en revendant, le premier acheteur a entendu lui céder le droit d'agir directement en garantie contre le premier vendeur. Le droit d'empêcher le rétablissement a, avec le fonds, un lien si intime, la valeur de celui-ci en dépend d'une manière si étroite, qu'il est tout à fait conforme à l'intention probable des parties de déclarer qu'elles ont voulu céder ce droit avec le fonds dont il n'est qu'un accessoire.

« Lorsque, dit un jugement du tribunal de la Seine, la vente d'un fonds de commerce contient, de la part du vendeur, interdiction de se rétablir dans un périmètre déterminé, cette clause peut être invoquée directement par le second acquéreur auquel le fonds a été revendu. Et le premier vendeur doit être condamné à cesser toute concurrence déloyale et à payer les dommages-intérêts dus en réparation du préjudice causé, bien qu'il ait voulu dissimuler son exploitation en louant les lieux tardivement à un tiers (1) ».

L'obligation du vendeur de ne pas se rétablir subsiste-t-elle en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique? Certains auteurs l'ont nié par la raison qu'il y aurait en cas d'expropriation perte du fonds et par conséquent, dit-on, extinction de l'obligation du

(1) Com. Seine, 16 mai 1872, J. C. 21, 444. — Paris, 20 mai 1890, infirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 17 avril 1889, dans *La Loi* du 13 juin 1890. — Ruben de Couder, *Diction.*, v° *Fonds de commerce*, n° 54. — Lyon-Caënn et Renault, III, article *Fonds de commerce*.

vendeur faute d'objet (art. 1234, 1302, code civil) à garantir.

Nous ne partageons pas cette opinion. Elle se méprend, selon nous, sur les effets de l'expropriation pour cause d'utilité publique, vis-à-vis de l'acquéreur. De ce que son fonds est exproprié, il résulte seulement pour lui l'obligation de quitter (moyennant indemnité d'ailleurs) l'immeuble exproprié où s'exploitait le commerce ; mais le fonds ne disparaît pas pour autant, il peut le rétablir dans le voisinage ; et s'il a intérêt, pour assurer la prospérité de ce fonds installé dans un nouvel immeuble, à invoquer la clause d'interdiction contre le vendeur qui voudrait se rétablir, nous ne voyons pas en quoi l'expropriation pourrait l'empêcher de se prévaloir de la clause stipulée. Aussi approuvons-nous complètement un arrêt de la cour de Paris (1) qui a décidé que « le vendeur d'un fonds qui s'est interdit le droit de se rétablir dans un périmètre déterminé, ne peut prétendre qu'il se trouve affranchi de l'exécution de cette clause parce que son acheteur aurait transporté l'établissement dans un quartier éloigné à la suite d'expropriation d'utilité publique (art. 1134 c. civ.). Le fonds ainsi établi devra être fermé. »

(1) Paris, 18 août 1869, D. 74, 5, 536.

CHAPITRE II

Obligations de l'acheteur

L'obligation principale qui incombe à l'acheteur d'un fonds de commerce est celle de *payer le prix* stipulé. Mais cette obligation n'est pas la seule : il doit en outre prendre livraison, de la manière et dans les délais convenus, payer les frais d'actes et autres accessoires de la vente (art. 1593 c. civ.). On se demande aussi s'il ne doit pas payer les dettes contractées par le vendeur lorsqu'elles l'ont été pour les besoins du fonds. — Nous étudierons, dans une *section première*, l'obligation principale de l'acquéreur, c'est-à-dire celle de payer le prix ; et dans une *section deuxième*, les autres obligations dont il peut être tenu.

SECTION I

OBLIGATION DE PAYER LE PRIX

Les questions qui rentrent sous cette rubrique sont elles-mêmes multiples et complexes ; et, pour la clarté des développements, nous croyons nécessaire de dire dès à présent dans quel cadre nous les étudierons.

Nous rechercherons d'abord comment est fixé le prix de vente, quand et de quelle manière il doit être payé. Ce sera l'objet d'un premier paragraphe. Puis, dans un second, nous examinerons les garanties qui assurent le paiement de ce prix. Et enfin, dans un dernier paragraphe, nous étudierons un usage, très généralement suivi pour sa distribution, à savoir l'usage des publications.

§ I. — *Montant du prix de vente. — Quand et comment il doit être payé.*

Le prix de vente peut être fixé d'avance par les parties à une somme déterminée. Mais elles peuvent aussi convenir qu'il fera l'objet d'une évaluation future, d'après le chiffre d'affaires que l'acquéreur réalisera ; ou bien stipuler qu'il sera fixé par expert.

Quand le prix est arrêté d'avance à une somme ferme, il comprend, sauf clause contraire, le prix de l'achalandage, de l'enseigne, du matériel, des marchandises et du droit au bail. Quant aux loyers il est évident que l'acquéreur doit les payer en sus du prix, à partir de son entrée en jouissance. Les loyers futurs ne sont pas compris dans le prix du fonds (1). Mais quant aux loyers échus, le paiement en incombe au vendeur ; et le propriétaire ne saurait, en principe, les réclamer à l'acquéreur. D'ailleurs, le plus souvent, l'acte de vente renferme des clauses spéciales à cet égard.

Il arrive qu'à la suite d'énonciations mensongères et de manœuvres dolosives, l'acquéreur d'un fonds de commerce consent à payer un prix qui lui apparaît

(1) Com. Seine, 7 avril 1852, J. C. I, 143.

dans la suite en disproportion avec le chiffre d'affaires vrai du fonds cédé. Dans ce cas, si les manœuvres dolosives constituent un dol principal (*dans causam contractui*), le cessionnaire peut obtenir la résiliation de la vente ; si elles ne forment qu'un dol incident, elles lui donnent droit seulement à des dommages-intérêts que les tribunaux lui accordent en réduisant le prix de vente.

Ces principes sont très simples, mais parfois d'une application très délicate en fait. Ils ont été consacrés souvent par la jurisprudence. « Lorsque le prix d'un fonds de commerce dit un jugement du tribunal de commerce de la Seine (1), a été évidemment exagéré par l'annonce qui a déterminé le consentement de l'acheteur, le tribunal de commerce n'est pas tenu de prononcer la résiliation, mais il doit, sur la demande de ce dernier, réduire le prix à sa juste valeur, encore bien que les vendeurs n'aient contracté dans l'acte aucun engagement de garantie à cet égard, »

Mais il en serait autrement si « l'acquéreur d'un fonds de commerce demandait une diminution du prix en soutenant que les bénéfices et les chiffres d'affaires étaient inférieurs à ceux sur lesquels il comptait, alors que le vendeur n'a garanti à l'acquéreur ni l'importance du chiffre des affaires, ni celle des bénéfices et qu'aucune manœuvre dolosive ni aucun fait de dissimulation ne peuvent être relevés à la charge dudit vendeur (2). »

(1) Com. Seine, 14 mars 1896, J. C., janvier 1898. — Dans le même sens : Paris, 22 août 1863, J. C., 13, 279; 10 février 1874, J. C., 23, 425. — Seine, 30 août 1876, J. C., 26, 36.

(2) *Journal trib. com.*, 1895, v° *fonds de commerce*. — *Adde*, Com. Seine, 12 décembre 1895, J. C., février 1897. — Paris, 30 juin 1896, J. C., décembre 1897,

Une espèce particulièrement délicate s'est présentée devant le tribunal de commerce de la Seine : les parties, d'accord, et en vue d'une expropriation prochaine, avaient frauduleusement exagéré le prix de vente d'un fonds de commerce. Le vendeur réclamait le paiement intégral de ce prix ; l'acquéreur pouvait-il le faire réduire ? Ici, il y avait une raison spéciale de douter : ne pouvait-on opposer au cessionnaire l'adage de « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » ? Le tribunal ne s'est pas arrêté à cette objection, et avec raison, croyons-nous ; il a fait triompher les principes de l'équité sur un adage très ancien mais qui n'est consacré en somme par aucun texte de loi (1).

Quelle que soit la manière dont il ait été fixé, à forfait ou par expert, le prix est dû par l'acquéreur au jour et au lieu convenu (art. 1650, c. civ.). Les parties peuvent décider qu'il sera payable à terme ou au comptant. S'il n'a pas été fixé de date pour le paiement du prix, il doit être payé par l'acheteur au moment de la livraison (art. 1651, c. civ.). Toutefois, dans plusieurs grandes villes et notamment à Paris, il existe un usage d'après lequel, même dans une vente au comptant, l'acquéreur conserve le prix pendant dix jours pour permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition. Nous étudierons plus tard cet usage avec quelques détails ; quant à présent, nous nous contentons de le signaler, comme dérogeant au principe que l'acquéreur doit, en l'absence de clause contraire, payer le prix au moment même de la livraison.

Conformément aux principes généraux, le prix de

(1) Com. Seine. 16 nov. 1867, J. C. 17, 49.

vente ne porte intérêt que dans les cas suivants : quand l'acheteur a formellement promis des intérêts, ils courent, sauf convention contraire, du jour de la vente. Même en l'absence de toute stipulation d'intérêts, ils sont dus à partir de la sommation à l'acquéreur d'avoir à payer. Et enfin, comme le fonds de commerce est une chose frugifère, même en l'absence de sommation ou de convention, les intérêts courent du jour de la délivrance (1).

Lorsqu'un terme a été accordé pour le paiement, le cessionnaire peut en perdre le bénéfice dans les cas prévus par les articles 1188 et 1613 du code civil. A cet égard, on s'est demandé si la déchéance du terme accordé pour le paiement à l'acquéreur d'un fonds de commerce, est encourue au cas où cet acquéreur revend son fonds avant d'avoir soldé intégralement son prédécesseur.

Deux opinions partagent sur ce point tant la doctrine que la jurisprudence.

D'après un premier système, très favorable aux vendeurs, on prétend que la vente emporte déchéance du terme ; elle prive, dit-on, le vendeur du privilège que lui accorde, sur le fonds vendu, l'article 2102 du code civil et le débiteur diminue ainsi par son propre fait les sûretés qui appartenaient à son créancier (2).

Nous préférons admettre, au contraire, l'opinion qui consiste à dire que la seule revente du fonds ne suffit pas pour enlever à l'acquéreur le bénéfice du terme vis-à-vis de son vendeur. Les déchéances édictées par la loi sont de droit étroit ; elles ne doivent

(1) Aubry et Rau, *op. cit.* IV, 395. — Cassation, 11 juillet 1882, S. 82, I, 472 ; D. 83, I, 304.

(2) En ce sens : Rouen, 18 avril 1868, S. 69, II, 18.

pas être étendues, par analogie, d'un cas prévu à un autre non prévu. Par suite, notre débiteur, qui n'est ni en faillite, ni en déconfiture et qui revend sans fraude son fonds avant d'en avoir payé le prix à son vendeur créancier, ne tombe certainement pas sous l'application de l'article 1188 du code civil.

Le vendeur n'ayant pas eu la précaution de faire insérer à son profit, dans l'acte de cession, une clause de déchéance du terme en cas de revente avant paiement intégral, ne peut s'en prendre qu'à lui-même de cette négligence dont le plus souvent d'ailleurs il n'aura point à souffrir.

Ce serait encore la solution que nous admettrions si le fonds de commerce était supprimé par suite d'expropriation pour utilité publique de l'immeuble dans lequel il était exploité ou s'il était échangé contre un autre fonds (1).

Ce système a trouvé faveur auprès d'éminents auteurs (2) et a reçu consécration en jurisprudence de la part d'un certain nombre de cours et tribunaux. La Cour suprême (3), cassant un jugement du tribunal civil de la Seine, a décidé que le débiteur d'une traite non échue qui a vendu son fonds de commerce, ne saurait être considéré comme ayant par cette vente diminué les sûretés de son créancier et encouru la déchéance du terme, alors que d'une part ladite traite ne contenait la promesse d'aucune sûreté spéciale au profit du créancier et que d'autre part il n'appert d'aucune convention par laquelle ce dernier aurait

(1) Paris, 8 avril 1868. J. C. 17, 251.

(2) V. notamment : Aubry et Rau, IV, § 303, note 10.

(3) Cass., 4 janvier 1870, S. 70, I, 103.

renoncé au bénéfice du terme pour le cas où il viendrait à vendre son fonds avant l'échéance de sa dette.

Toute différente serait notre solution dans l'hypothèse d'une vente de fonds de commerce à plusieurs personnes et où il aurait été stipulé expressément que le prix serait exigible en cas de revente ; il y a lieu à l'application de la clause si les acquéreurs déclarent revendre à l'un d'eux. Nous estimons qu'il en devrait être de même si, en présence d'une semblable clause, le fonds était mis en société par l'acquéreur.

Le paiement, qu'il soit à terme ou au comptant, se fait en principe, en espèces. Il importe de signaler sur ce point une pratique qui soulève quelques difficultés juridiques. Souvent, dans l'usage, le prix est quittancé dans l'acte de vente, et la partie de ce prix non payée au comptant, se règle en billets causés valeurs en fonds de commerce. On s'est demandé si ces billets emportent novation de la créance primitive du vendeur. La question offre un grand intérêt, car la créance du prix de vente est garantie par des sûretés, notamment par le privilège du vendeur, dont ne sont point munies les obligations qui naissent de la souscription d'un effet de commerce. En cas de non-paiement des effets à l'échéance, le vendeur a grand intérêt à invoquer le privilège de l'art. 2102 4^o du code civil. Nous croyons qu'il le peut : la novation ne se présume pas, et on ne saurait, sans violer la loi, l'induire de ce seul fait que le cédant a reçu en paiement des effets de commerce (1).

Pour comprendre tout l'intérêt de cette question, il faut connaître les diverses sûretés qui garantissent

(1) En ce sens : trib. civil Seine, 9 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 13 mars 1897.

la créance du prix de vente. Nous sommes ainsi amenés à notre second paragraphe.

§ II. — *Sûreté garantissant le paiement du prix*

Le cédant d'un fonds de commerce jouit, pour le paiement du prix, des mêmes garanties qu'un vendeur ordinaire. Elles consistent dans le droit de rétention (art. 1612 c. civ.), dans le droit de revendication de la possession (art. 2102 4° c. civ.), dans un privilège et dans une action en résolution.

Le droit de rétention consiste ici dans la faculté pour le vendeur de retenir le fonds vendu au comptant tant que le prix de la cession ne lui a pas été payé intégralement (art. 1612 c. civ.) ; jusque-là l'acquéreur ne peut exiger la délivrance. Le droit de rétention n'existe pas quand le cédant accorde au cessionnaire un terme pour le paiement du prix.

Et même, dans une vente au comptant, si nous supposons la livraison effectuée avant paiement, le cédant ne peut non plus exercer le droit de rétention. Seulement il peut exercer *le droit de revendication* de l'art. 2102 4° du code civil, qui vise « la revendication du droit de rétention ». Par application de ce texte, le cédant, sans avoir à faire prononcer la résolution de la vente, rentrera en possession du fonds et recouvrera ainsi le droit de rétention. Ce procédé peut être utile quand l'opération est avantageuse pour le vendeur et qu'il ne veut pas la faire résoudre (art. 1184) ; il recouvre ainsi la garantie de l'art. 1612 c. civ., sans perdre le bénéfice de la cession. Mais le cédant ne peut recourir à ce procédé qu'à certaines conditions : 1° il faut une vente faite sans terme ; 2° la revendication doit avoir lieu dans la huitaine de la livraison ; 3° la

chose doit être encore en la possession de l'acheteur ; 4° et dans le même état (1).

Le paiement du prix du fonds est garanti en troisième lieu par le *privilege* de l'art. 2102 4° du code civil qui appartient à « tout vendeur d'effets mobiliers non payés s'ils sont encore en la possession du débiteur ».

La doctrine et la jurisprudence sont parfaitement fixées en ce sens que l'expression « effets mobiliers » comprend les meubles incorporels comme les meubles corporels ; elle exclut toute distinction, les mots « effets mobiliers » ayant un sens général (2).

Il en résulte donc qu'un fonds de commerce, meuble incorporel, doit être, comme tout autre objet mobilier, affecté au *privilege* du vendeur.

Le fonctionnement de ce *privilege* est très simple tant que le fonds reste entre les mains de l'acquéreur : le vendeur fait saisir les divers objets qui le composent et se paye par préférence sur le prix. Mais des difficultés s'élèvent si le premier acquéreur vend à son tour le fonds avant d'avoir payé. Que devient alors le *privilege* du premier vendeur ? Il importe de rappeler ici certains principes généraux pour en faire ensuite l'application aux fonds de commerce.

On sait que lorsque l'acheteur d'un objet mobilier corporel l'a revendu à un tiers de bonne foi qui s'est mis en possession, le vendeur primitif ne peut plus frapper cet objet de saisie au préjudice du second

(1) V. Valette, *Privil. et hypo.* page 120. Demolombe, *op. cit.* XXV p. 502. Aubry et Rau, IV, § 356.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, III n° 1,112. Laurent, *Droit civil*, XXIX, 480. Bordeaux, 10 février 1892, s. 92. II. 121. D. 92. II. 17.

acheteur. Les meubles sont destitués en général du droit de suite. Mais cela n'empêche pas qu'au regard des créanciers du premier acheteur, le privilège subsiste malgré la revente, même suivie de tradition : par conséquent le premier vendeur non payé, s'il a perdu le droit de faire vendre l'objet, garde celui de se payer par préférence et privilège sur le prix de la seconde vente, du moins tant que ce prix n'a pas été versé au premier acheteur, ou cédé par lui, ni précédemment attribué à d'autres créanciers (1).

Mais si le privilège peut s'exercer sur le prix encore dû de la première revente, il ne peut jamais, au moins dans l'opinion la plus répandue, l'être sur le prix de reventes ultérieures.

Ces principes reçoivent d'importantes applications en matière de cessions de fonds de commerce. Ainsi, lorsqu'un fonds de commerce fait l'objet de deux cessions successives, le propriétaire primitif peut faire valoir son privilège sur le prix de la seconde cession ; et, dans ce but, il a le droit de former opposition entre les mains du second cessionnaire, quand même les termes de paiement par lui accordés ne seraient pas encore échus. Mais son privilège resterait sans effet, si le second cessionnaire avait, avant toute opposition pratiquée entre ses mains, payé son prix au premier, ou que celui-ci en ait déjà disposé sans fraude par voie de transfert ou autrement. (2). Ce privilège d'ailleurs est restreint au

(1) Aubry et Rau, III, p. 157.

(2) Dans les solutions que nous indiquons au texte, nous réservons bien entendu l'usage des publications dont nous parlerons à la fin de ce paragraphe. Grâce à ces publications, le premier vendeur sera presque toujours prévenu et pourra for-

prix de la première revente du fonds ; et si le second acquéreur venait lui-même à opérer une troisième vente, le privilège du premier vendeur ne porterait plus sur ce troisième prix, bien qu'il soit encore dû par le troisième acquéreur (1).

Le vendeur non payé peut encore user du *droit de résolution* consacré par l'article 1654 ainsi conçu : « Si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente ». Cette disposition n'est elle-même qu'une application pure et simple du principe général écrit en l'article 1184 du code civil. Ces articles, en effet, dans la généralité de leurs termes, s'appliquent aux ventes mobilières, civiles ou commerciales, par conséquent aux ventes de fonds.

Mais il peut être délicat de savoir si la résolution de la vente d'un fonds de commerce peut être poursuivie même contre un sous-acquéreur de bonne foi de ce fonds ? Elle ne pourrait certainement pas l'être (art. 2279 code civ.) contre un sous-acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel ; mais l'article 2279 qui justifie cette solution est inapplicable aux meubles incorporels. Aussi croyons-nous, s'il s'agissait d'un fonds de commerce, que la réponse la plus exacte juridiquement, consisterait à distinguer parmi les différents éléments qui le composent. L'action résolutoire de l'article 1184 permettrait au premier cédant de reprendre les éléments incorporels, tels que l'achalandage, même contre un sous-acquéreur de bonne foi ;

mer à temps opposition entre les mains du second acquéreur : il assurera de la sorte l'efficacité de son privilège.

(1) En ce sens, Cass. d'août 1860, S. 60. I. 845 : il s'agissait dans cette espèce d'un office ministériel. Mais la solution doit être la même pour un fonds de commerce, puisque ce sont des choses de même nature, tous deux des meubles incorporels.

mais elle demeurerait inefficace pour les éléments corporels (art. 2279), tels que les marchandises ou le matériel d'exploitation qui auraient été livrés à un sous-traitant de bonne foi.

Au reste, les questions que nous venons d'examiner se posent assez rarement dans la pratique. Car, de deux choses l'une : ou bien tous les créanciers de l'acquéreur du fonds seront désintéressés, et alors le vendeur touche aussi son prix ; ou bien s'ils ne peuvent tous toucher intégralement le montant de leurs créances, ceux qui resteraient à découvert demandent la faillite du débiteur. Par là, ils ont quelque chance de réduire leurs pertes, la faillite étant le régime de l'égalité. Et alors, dans cette hypothèse où le cessionnaire est déclaré *en faillite* ou *mis en liquidation judiciaire*, que deviennent les diverses garanties qui assureraient au vendeur du fonds le paiement du prix ? C'est sous cette forme que, dans la pratique, les difficultés s'élèvent le plus souvent.

Aux termes de l'article 550 du code de commerce, modifié par la loi du 22 février 1872, « le privilège et le droit de revendication établi par le n° 4 de l'article 2102 du code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite ». Or, il est certain que cette disposition s'applique au vendeur d'objets mobiliers incorporels, par conséquent au cédant d'un fonds de commerce ; car la proposition de ne pas étendre l'article 550 aux objets de cette nature a été repoussée au cours des travaux préparatoires de la loi. Par la faillite du cessionnaire, le cédant d'un fonds perd donc son privilège. Aussi, voit-on très souvent, quand le prix de vente d'un fonds de commerce est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers du vendeur et que, d'autre part, un

précédent vendeur veut faire valoir son privilège sur ce prix, les autres créanciers faire déclarer la faillite pour annihiler le privilège du premier cédant.

Mais du moins celui-ci ne peut-il invoquer quelque autre sûreté qui survive à la faillite ? Il n'en conserve qu'une, à savoir le droit de rétention. Si, lors de la faillite de l'acheteur, le fonds de commerce n'a pas encore été livré, le vendeur a le droit de le retenir (art. 577 code com.) ; il évite ainsi la loi du dividende. Mais si le vendeur s'est déjà dessaisi du fonds au moment de la déclaration de faillite ou de la mise en liquidation judiciaire, il ne peut plus en reprendre la possession : la revendication du droit de rétention disparaît en effet en cas de faillite, avec le privilège (art. 550 code com.).

Sur ces différents points on est d'accord ; mais on discute pour l'*action en résolution* pour défaut de paiement du prix. Survit-elle à la faillite ou bien disparaît-elle avec le privilège ? Des auteurs ont prétendu que l'article 550 en consacrait expressément la suppression : mais ils confondent l'action résolutoire, la revendication de la propriété avec la revendication de la possession. L'article 550 ne parle que de celle-ci, mais non de celle-là. — Nous croyons pourtant, mais par d'autres motifs, que le cédant d'un fonds de commerce ne peut pas plus, en cas de faillite du cessionnaire, exercer l'action résolutoire que le privilège. Puisque la loi prive le vendeur du droit de revendication, bien moins dangereux pour les créanciers de l'acquéreur failli, il est logique de le priver aussi du droit de résolution (1).

(1) Cette opinion trouve encore un point d'appui sur l'article 576 du code de com., qui, permettant la revendication dans

Cette opinion est d'ailleurs très généralement admise, et il a même été jugé qu'une clause expresse ne permettrait pas au vendeur impayé d'un fonds de commerce d'exercer l'action résolutoire en cas de faillite du cessionnaire (1).

Les contractants ont cherché parfois à compléter conventionnellement les sûretés légales dont l'énumération précède. Des conventions de ce genre sont intervenues surtout en cas de revente du fonds. Le premier vendeur conserve bien alors, sinon le droit de saisir le fonds et de le faire vendre (2), du moins son privilège sur le prix de la seconde vente ; mais, comme nous l'avons dit, l'efficacité de ce privilège suppose qu'il fait opposition entre les mains du sous-acquéreur avant que celui-ci ait payé le prix à son propre vendeur. Or, au lieu d'une opposition en règle, il serait bien plus simple que ce sous-acquéreur s'engageât volontairement et du consentement de tous les intéressés, à payer directement son prix entre les mains du premier cédant ; que le premier cessionnaire « déléguât, » comme on dit, au premier cédant, le prix de la seconde vente.

Souvent les choses se passent ainsi en pratique. C'est par exemple *primus*, encore débiteur du prix du

un cas spécial, semble bien impliquer qu'elle ne doit pas être admise en dehors des hypothèses prévues par le législateur.

En ce sens : Boistel, *Droit commercial*, n° 1005 et les références. — Cass. civ., 25 décembre 1889, D. 90. I, 161 et la note.

(1) Rennes, 23 août 1847, D. 49, II, 111.

(2) Les privilèges sur les meubles ne confèrent pas le droit de suite. Il nous paraît conforme à l'esprit de la loi d'admettre ce principe aussi bien pour les meubles incorporels, tels qu'un fonds de commerce, que pour les meubles corporels.

fonds à lui cédé par *secundus*, pour 10,000 fr., qui le revend à *tertius* pour le même prix et qui délègue à *secundus tertius* comme débiteur. *Secundus* tire de l'opération un avantage évident. Il est créancier direct de *tertius* et, par conséquent, n'a plus à subir sur ce prix de vente le concours des autres créanciers de *primus*. Il est mieux garanti que par une opposition entre les mains de *tertius*, destinée à conserver son privilège. Car (art. 550 code com.) ce privilège disparaît en cas de faillite du débiteur, c'est-à-dire de *primus*, tandis que la faillite de celui-ci n'empêche pas la validité de la délégation antérieurement consentie, n'empêche pas *secundus* d'agir directement en paiement contre *tertius*. Ce procédé est très utile, notamment lorsque le vendeur d'un fonds de commerce vient, une fois la vente conclue, à avoir des doutes sur la solvabilité de l'acquéreur qui a obtenu terme pour le paiement du prix. Cette seule crainte est évidemment insuffisante pour motiver une demande en résolution de la vente : aussi, tous les efforts du vendeur tendront-ils seulement à obtenir de l'acquéreur l'engagement de vendre à un sous-acquéreur qui paiera directement et sur simples quittances, aux mains du vendeur primitif, ce qui est dû à ce dernier par le premier acquéreur.

Voilà l'opération dans sa forme extérieure. Mais, pour en déterminer avec précision les effets, il s'agit de procéder à une analyse juridique plus minutieuse. Lorsque, dans le contrat de revente du fonds, le premier cessionnaire délègue le prix au premier cédant, quels sont exactement les résultats de cette convention ? — On comprend d'abord qu'elle s'analyse soit en une délégation parfaite, soit en une délégation imparfaite. La délégation parfaite est une novation

par changement de débiteur ; elle suppose donc nécessairement le consentement du créancier. En l'absence de l'adhésion formelle et expresse du premier cédant, la clause de délégation du contrat de revente du fonds, conclu entre le cessionnaire et un sous-acquéreur, ne pourra donc agir à l'égard du premier cédant comme une délégation parfaite. Elle ne libérera pas le premier cessionnaire ; elle donnera seulement une garantie supplémentaire au vendeur en lui permettant d'agir directement en paiement du prix contre le sous-acquéreur. Mais l'acquéreur primitif n'est pas libéré pour autant ; il demeure tenu et son obligation reste munie des sûretés compatibles avec une sous-aliénation. Le cédant garde donc le droit d'agir contre lui, sauf bien entendu son recours contre son propre cessionnaire. — Si le créancier du prix consent formellement, par une adhésion ultérieure, à ce que le premier acquéreur soit libéré, il y a alors novation par changement de débiteur.

Nous avons ainsi éclairci une première difficulté : en principe, la clause de délégation du prix, insérée dans la sous-aliénation du fonds, ne libère pas le premier acquéreur. Elle donne seulement au cédant une action supplémentaire directe contre le sous-acquéreur. Mais comment expliquer la naissance de cette action directe ? Comment se décompose le mécanisme de l'opération juridique dont elle est issue ? D'abord, il est évident qu'on ne peut songer à dire qu'il y a cession de la créance du second prix de vente au premier vendeur : les parties n'ont pas voulu faire une cession de créance ; et l'auraient-elles voulu que leur intention n'aurait pas produit effet, puisqu'elles n'ont pas rempli les conditions exigées (art. 1690 c. civ.) pour la validité de la cession des créances.

Cette analyse écartée, deux explications demeurent possibles : on peut voir dans la clause stipulée, soit une délégation imparfaite, c'est-à-dire une offre faite par le sous-acquéreur au premier vendeur de devenir son débiteur direct, soit une stipulation pour autrui (art. 1121 c. civ.). Reprenons l'exemple sur lequel nous avons déjà raisonné tout à l'heure,

Primus, second vendeur du fonds, convient avec *secundus*, sous-acquéreur, que celui-ci paiera directement le prix à *tertius*, premier vendeur. On peut analyser l'opération de deux façons. On peut dire d'abord que *primus* a donné l'ordre à *secundus* de s'engager vis-à-vis de *tertius* ; et que *secundus* est censé, sur l'ordre de *primus*, faire cette offre d'une manière constante. De sorte que, quand *tertius* l'acceptera, il se formera entre lui et *secundus* un contrat générateur du droit de *tertius*. — Mais on peut dire aussi que la clause forme une stipulation pour autrui, de sorte que dès le moment où elle est intervenue, avant même que *tertius* ait accepté, un droit direct sera né à son profit contre *secundus*. Dans cette seconde analyse, l'acceptation de *tertius* n'est plus génératrice de son droit ; celui-ci est né dès le moment de l'acceptation et quoiqu'il n'y ait pas figuré. En acceptant, il n'acquiert pas un droit déjà né en sa faveur ; il ne peut que le consolider sur sa tête en enlevant au stipulant le droit de le révoquer. L'acceptation n'est plus l'acte générateur du droit ; ce n'est plus qu'un acte qui le consolide en faisant tomber la faculté de révocation qui jusque là appartenait à *primus*.

La jurisprudence ne fait point en général cette distinction entre les deux analyses possibles de l'opération. Il nous semble pourtant qu'elle n'est pas

dépourvue d'intérêt pratique ; qu'elle importe notamment beaucoup en cas de décès de *primus* ou de *tertius* avant l'acceptation de ce dernier. — Qu'arrivera-t-il en effet, dans ce cas, pour ceux qui adoptent la première analyse de l'opération ? *Primus* offre à *tertius* d'accepter la pollicitation de *secundus*, et la pollicitation de celui-ci ne dure qu'autant que l'offre de *primus* à *tertius*, qui en est la source et la raison d'être. Lors donc que *primus* cessera d'offrir à *tertius* d'accepter la pollicitation de *secundus*, *tertius* ne pourra plus accepter ; son acceptation sera inefficace. On sait qu'en principe, une offre est essentiellement personnelle, qu'elle ne peut être acceptée ni après la mort de celui qui l'a faite, ni par les héritiers de celui à qui elle a été faite. La mort de *primus* fera donc tomber son offre à *tertius*, et avec elle la pollicitation de *secundus* ; *tertius* ne pourra plus l'accepter puisqu'elle a disparu. Dans cette analyse, le décès de *primus* avant l'acceptation de *tertius* rend la stipulation inopérante, impuissante à produire un droit direct au profit de celui-ci. Et de même, s'il meurt avant d'avoir accepté, ses héritiers ne pourront accepter l'offre faite à lui personnellement. On résume tout ceci en disant que le décès du déléguant ou du délégataire avant l'acceptation de celui-ci s'oppose à ce que la délégation produise son effet. C'est un danger pour les parties intéressées et un inconvénient de cette institution juridique.

Voyons si on ne peut pas y échapper grâce à la seconde analyse que nous avons donnée de la clause dont il s'agit.

D'après la théorie dominante aujourd'hui, la stipulation pour autrui a pour effet de faire naître immédiatement un droit au profit du bénéficiaire. Son

acceptation n'est plus l'acte générateur du droit ; elle ne l'en investit plus, elle prive seulement le stipulant, de la faculté de révocation. Par conséquent ni le décès du stipulant, ni celui du bénéficiaire avant l'acceptation, n'empêchent la stipulation pour autrui de produire ses effets juridiques. C'est là un avantage incontestable de cette institution, et un motif pour décider ; lorsque l'intention des parties n'est pas formelle à cet égard, qu'elles ont entendu faire une stipulation pour autrui plutôt qu'une délégation. — Lors donc que, comme dans l'exemple choisi tout à l'heure, *primus*, le premier acquéreur du fonds, aura convenu avec *secundus*, son acquéreur, qu'il paiera directement *tertius*, vendeur primitif, et que les parties n'auront pas dit clairement si elles voulaient faire ainsi une délégation imparfaite ou une stipulation pour autrui, nous interpréterons leur volonté en ce sens qu'elles ont voulu faire plutôt une stipulation pour autrui. Cette interprétation est bien conforme à leur intention probable, car il est à croire qu'elles ont entendu adopter la forme juridique la plus sûre, celle qui écarte le mieux les causes de nullité de l'opération (1).

Les sûretés légales ou conventionnelles que nous venons d'étudier constituent des garanties suffisantes pour le vendeur d'un fonds de commerce quand il est en rapport avec un acquéreur honnête et de bonne foi. Mais, lorsque celui se livre à des agissements frauduleux, elles sont insuffisantes. Que

(1) En ce sens : Cass. 18 août 1875, S. 77. I. 413. — Cass. 17 février 1879, S. 80. I. 449. — 24 juillet 1889, D. 89. I. 495.

Adde : Note de M. Garsonnet, sous *Sirey* 1892, I. 297 ; et surtout : Lambert, *Stipulations pour autrui et contrats en faveur des tiers*.

devient par exemple le privilège du vendeur si l'acquéreur revend clandestinement le fonds et en touche immédiatement le prix ? Ou, plus généralement, que devient dans ce cas le gage non seulement du vendeur créancier du prix, mais encore de tous les autres créanciers de l'aliénateur ?

Il semble que le propriétaire, en vendant son fonds à leur insu, moyennant un prix qu'il touche comptant, ait un moyen facile de rendre illusoire le gage de ses créanciers. — C'est pour parer à ce danger que l'usage commercial est venu suppléer la loi et organiser la publicité des cessions de fonds.

§ III. — *Usage des publications en matière de cession de fonds de commerce*

Cet usage est né des nécessités de la pratique. Il était arrivé qu'un débiteur de mauvaise foi se hâtait, après avoir vendu son fonds de commerce, de toucher le prix et de priver ainsi ses créanciers du gage sur lequel ils comptaient. Pour sauvegarder les droits des créanciers, on a pris l'habitude dans certaines villes, spécialement à Paris, de publier les cessions de fonds par des annonces insérées dans les journaux ; elles sont portées à la connaissance du public, avec un avis aux créanciers du vendeur d'avoir, sous peine de perdre tout droit sur le prix, à former opposition à son paiement, dans un certain délai, entre les mains de l'acquéreur ou de son mandataire.

Cette coutume rappelle d'assez près la procédure de purge en matière immobilière. Ici encore on prévient les créanciers de la vente, afin d'employer le prix à les désintéresser au lieu de le verser directement entre les mains du vendeur. Seulement les créanciers

sont protégés ici d'une manière moins efficace, car ils n'ont pas le droit de surenchère.

D'autre part, aucun texte de loi ne réglemente d'une manière précise cette procédure, issue tout entière de la coutume; elle obéit jusque dans ses détails aux usages commerciaux. Ces usages varient d'une place à une autre et nous ne prétendons pas en donner ici une énumération détaillée. Voici seulement, dans ses grandes lignes, la marche de la procédure généralement suivie à Paris : c'est l'acquéreur qui est chargé de publier la cession du fonds de commerce. Souvent aussi, comme nous le verrons, les parties s'en remettent de ce soin à l'intermédiaire (1) qui les a mis en rapport. La publication consiste dans un avis inséré dans un ou plusieurs journaux d'annonces judiciaires, informant le public et en particulier les créanciers du vendeur, de la date de la vente, de celle de l'entrée en possession de l'acquéreur, du lieu où seront faites les oppositions, de la personne chargée de les recevoir et du délai dans lequel elles seront recevables. Ce délai est, à Paris, de dix jours à partir de la publication.

Voilà comment fonctionne, en fait, le mécanisme de cette procédure. Elle ne laisse pas que de soulever en droit des questions fort délicates.

La première et la plus importante consiste à rechercher quelle est la valeur juridique de l'usage des publications; s'il lie les intéressés ou s'ils peuvent s'y soustraire? — Puis, que l'usage des publications soit facultatif ou obligatoire pour les parties, il reste à savoir, quand elles y recourent, quelles règles gouvernent les oppositions auxquelles ces publications donnent lieu. S'agit-il ici d'une opposition proprement

(1) Conf. titre IV. *Des intermédiaires*, pages 161 et suiv.

dite, premier acte de la procédure de saisie-arrêt ? Ou n'est-ce pas plutôt un acte *sui generis*, voisin sans doute de la saisie-arrêt, mais ne se confondant pas avec elle et ayant, à certains égards au moins, ses règles propres ? — Ce sont ces deux questions, toutes deux forts pratiques et non des plus simples à résoudre, que nous nous proposons d'étudier successivement.

A. — *Force obligatoire de l'usage des publications.* — Quant à la force obligatoire de l'usage des publications, il faut remarquer d'abord que le problème ne se pose point dans les localités où cet usage n'existe pas de temps immémorial. Mais il semble aujourd'hui solidement établi dans la plupart des places commerciales importantes de notre pays. Epinal, Bordeaux et Montpellier paraissent toutefois faire exception (1).

Dans les localités où cet usage existe, quelle est sa force obligatoire ? Pour bien comprendre la portée de cette question, il est nécessaire de distinguer soigneusement deux hypothèses :

1° Il se peut d'abord que les publications d'usage aient été faites et que pourtant, sans attendre l'expiration du délai d'opposition indiqué dans les journaux, l'acquéreur paie le prix au vendeur. Si des créanciers

(1) Pour Bordeaux, voir Bordeaux, 27 août 1883. P. 84, II 96. Trib. com. Montpellier, 15 déc. 1896. *Gaz. pol.*, 1897, I. 473. — A Paris et à Dijon l'usage des publications existe depuis un temps immémorial. Dans cette dernière ville les commerçants sont même si convaincus de son utilité, que la chambre de commerce a pris l'initiative d'une proposition de loi destinée à le consacrer par des textes formels. Nous reparlerons de cette proposition de loi (Voir pages 144 et suiv.).

de celui-ci viennent à former opposition, l'acquéreur qui a payé trop tôt est-il tenu de les payer; doit-il payer deux fois?

2° La difficulté peut se présenter sous une forme un peu différente : aucune publication n'a été faite. L'acquéreur paie immédiatement; si des créanciers font opposition entre ses mains dans le délai usuel de dix jours, est-il tenu de payer deux fois?

Dans le premier cas tout le monde à peu près est d'accord pour reconnaître la responsabilité de l'acheteur et pour l'obliger à désintéresser les créanciers. En procédant aux publications il a en quelque sorte pris l'engagement vis-à-vis des créanciers de ne pas payer tant que le délai de dix jours ne sera pas expiré (1). S'il se dessaisit plus tôt du prix, il commet, tout au moins vis-à-vis d'eux, un quasi-délit (art. 1382 code civ.) qui le rend responsable, qui l'oblige à réparer le préjudice causé; et la réparation du préjudice consiste précisément à rembourser aux créanciers opposants le montant de leur créance. Autrement d'ailleurs, la publicité, l'invitation donnée aux créanciers d'avoir à faire opposition dans un délai déterminé, au lieu d'être pour eux une mesure de protection, tournerait à leur désavantage en leur inspirant une sécurité trompeuse (2). Aussi bien sur ce point l'accord est-il à peu près unanime.

(1) Ces publications intervenant à la suite d'un accord entre l'acquéreur et le vendeur, on peut dire que celui-ci aussi s'engage à ne pas disposer de la créance du prix tant que le délai d'opposition ne sera pas expiré; et, par suite, tout acte de disposition de cette créance, fait avant l'expiration de ce délai, serait nul. — Trib. com. Seine, 26 mai 1883, *le Droit*, n° du 29 septembre 1883.

(2) *Adde* : Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, III, n° 252 et les références.

Dans le second cas, au contraire, les avis diffèrent profondément. Pour quelques-uns, l'usage des publications n'aurait aucune force; il ne vaudrait même pas comme moyen d'interprétation de la volonté des parties. — Il est permis de demander aux rares partisans de cette opinion ce qu'ils font des textes de nos lois et de la tradition constante qui a toujours tenu grand compte des usages en matière commerciale. — Ces usages ont une valeur : c'est un point à peu près universellement admis aujourd'hui. Seulement, on se divise quand il s'agit de savoir s'ils valent simplement comme interprétation de la volonté probable des parties, ou, à la manière d'un texte de loi impératif, comme une disposition supérieure à l'intention des parties et s'appliquant même à l'encontre de celle-ci. La solution de la seconde hypothèse que nous avons posée dépend de l'opinion qu'on professe à cet égard.

Admet-on que l'usage des publications a une force obligatoire et impérative? Il faut décider que l'acquéreur est obligé à les faire; s'il ne les fait pas, il ne peut payer valablement, il demeure responsable du paiement du prix vis-à-vis des créanciers du vendeur, de même que l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui ne fait pas la purge reste exposé aux recours des créanciers hypothécaires. Et cette responsabilité pèserait sur l'acquéreur, quand même, par une clause expresse du contrat de cession, il aurait été entendu entre le vendeur et lui qu'il serait dispensé d'opérer les publications. Un usage impératif, obligatoire, est en dehors de la volonté des parties qui n'y peuvent déroger.

Admet-on, au contraire, que l'usage des publications ne vaut que comme interprétation de la volonté des parties? Sans doute alors, si celles-ci ne se sont

pas expliquées sur ce point, l'usage s'impose à elles en ce sens qu'elles peuvent s'en prévaloir comme d'une clause tacite de la vente, en ce sens que l'acquéreur pourra refuser de payer avant d'avoir procédé aux publications usuelles. Mais si les contractants sont d'accord pour ne pas les faire, l'usage, ne valant que comme expression de leur volonté probable, perd sa force devant une intention contraire formellement manifestée ; et par suite l'acquéreur est dispensé, si le vendeur y consent, d'opérer les publications. Il paie valablement quoiqu'elles n'aient pas eu lieu.

Toute la difficulté revient donc à savoir quelle est la force de l'usage en droit commercial ; s'il vaut seulement par interprétation de la volonté probable des parties, ou s'il n'a pas une force obligatoire, impérative, s'il ne peut pas créer en faveur des tiers un droit en dehors de la volonté des cocontractants. MM. Lyon-Caën et Renaul't tiennent aujourd'hui pour la première opinion : ils enseignent dans leur traité que « comme tout usage commercial, l'usage des publications n'a de valeur que par interprétation de la volonté des parties. Celles-ci sont, par suite, libres d'y renoncer. Les créanciers ne sauraient s'en plaindre ; un usage ne peut pas créer un droit pour les tiers ». — Ce principe nous paraît inexact. Quant à nous, nous croyons que l'usage commercial peut créer un droit en faveur des tiers. En nous rangeant à cet avis, nous ne faisons que suivre la tradition. Le législateur n'a jamais eu et ne pouvait avoir la prétention de régler tous les faits commerciaux dans leur multiplicité et leur variété : il a laissé à la coutume le soin de combler les lacunes nécessaires de la loi. L'usage doit donc avoir le même caractère que la loi : là où celle-ci ne serait qu'interprétative, il ne sera aussi qu'interprétatif de la volonté

des parties. Mais là où la loi serait impérative, parce qu'il s'agit d'une mesure prise en faveur des tiers, l'usage aussi sera impératif. Or, n'est-ce pas précisément le cas ; n'est-il pas évident que l'usage des publications n'a pas été introduit dans l'intérêt des parties, mais avant tout dans l'intérêt des créanciers du vendeur ; et alors, comment peut-on prétendre que les parties ont la faculté de se dispenser d'un usage qui n'a point pour but principal leur protection, mais celle des tiers ? — La loi du 1^{er} mars 1898, sur la publicité du nantissement des fonds de commerce, nous fournit un autre argument : N'eût-il pas été rationnel et logique d'exiger la publicité de la vente aussi bien que celle du nantissement ? Et si le législateur ne l'a pas fait, n'est-ce pas, apparemment, parce qu'il a pensé que cette publication existait déjà ; qu'elle était consacrée par l'usage et que cet usage était obligatoire ? — Nous pensons donc que l'usage des publications est obligatoire, et qu'étant établi dans l'intérêt des tiers, il est au-dessus de la volonté des parties.

Cette opinion est de beaucoup la plus répandue dans la doctrine. MM. Lyon-Caën et Renault eux-mêmes l'avaient adoptée dans leur Précis (1). Pendant longtemps, la jurisprudence des tribunaux et de la Cour de Paris parut aussi fixée en ce sens (2). Mais, depuis quelques années, un revirement semble se produire (3).

(1) Précis, I, n° 889. *Adde* : Boistel, n° 452. Ruben de Couder, v° *fonds de commerce*, n° 36. Mérot, pages 52 et 53. Lèbre, n° 144.

(2) Civ. Seine, 1869, D. 70, 4, 87. — Req., 23 nov. 1881, S. 82, I, 84.

(3) Paris, 27 fév. 1882, S. 83, II, 91. Une des décisions les plus récentes en ce sens est un jugement du tribunal de la

Du système que nous avons adopté, il résulte que l'acquéreur doit, pendant un délai de dix jours, garder entre ses mains, ou entre celles de son mandataire, le prix de vente, pour permettre aux créanciers du cédant qui formeront opposition dans ce délai, de se faire payer sur le prix. Si pendant ce délai, il se dessaisit de son prix en le versant au vendeur, il s'expose à être obligé de payer une seconde fois aux créanciers du vendeur.

L'acquéreur qui fait les publications d'usage ne pourrait-il pas réduire le délai d'opposition ; n'aurait-il pas le droit de stipuler, dans les avis insérés dans les journaux d'annonces légales, que le délai dans lequel les créanciers du vendeur pourront faire opposition, sera réduit à cinq jours par exemple, au lieu

Seine du 4 juin 1888, que nous citons à cause de la netteté de ses considérants : « Attendu, dit-il, que l'usage généralement adopté de retarder pendant dix jours le paiement du prix pour permettre aux créanciers de faire opposition, ne saurait, en l'absence de texte, être obligatoire et avoir force de loi ; qu'il est donc *permis aux parties de déroger à cet usage*, pourvu qu'elles le fassent sans fraude, que le fait de ne pas publier la vente ou d'abréger les délais ne saurait être considéré comme constituant par lui-même un acte de mauvaise foi ou une faute pouvant, à l'égard des créanciers du vendeur, entraîner la nullité du paiement. (*Annales de dr. com.*, 1889, p. 6 et la note). Dans le même sens : Bordeaux, 27 août 1883, S. 84, 2, 96. Trib. civ. Seine, 30 juin 1881, J. C., 30, 670, Trib. com. Montpellier, 15 décembre 1896. J. C., 1897 : « l'acquéreur d'un fonds de commerce n'est obligé par aucun texte de loi à faire connaître son acquisition au public par des insertions dans les journaux ou autres moyens de publicité. C'est là un usage admis dans certaines régions, mais qui n'a pas reçu force de loi. Par suite, hors le cas de dol et de fraude, l'acquéreur, qui n'a pas usé de ces moyens de publicité et qui a payé au vendeur le prix de son fonds avant toute opposition d'un créancier, a payé valablement et ne peut être recherché de ce chef par ledit créancier ». Idem, Ruben de Couder, *dict.*, IV, n° 36.

de dix, délai habituel ? Pour ceux qui admettent que les parties cocontractantes, d'accord, peuvent renoncer aux publications, il est évident *a fortiori* qu'elles ont aussi le droit de réduire le délai d'opposition, puisqu'elles ont même la faculté de le supprimer. Mais nous avons repoussé cette opinion : selon nous, l'usage des publications est obligatoire. Des auteurs, tout en se ralliant sur ce point à notre avis, permettent néanmoins aux parties d'abréger le délai de dix jours. Ce système mixte nous paraît inadmissible : il est illogique ; car si l'usage s'impose aux parties, il s'impose pour le tout, y compris la durée du délai. Il est d'ailleurs parfaitement inutile d'obliger le vendeur et l'acquéreur à publier la vente si on les autorise à réduire le délai d'opposition : ils n'auront qu'à le réduire à quelques heures pour rendre la publication complètement illusoire. Nous pensons donc que le délai de dix jours est obligatoire, nonobstant toute clause contraire (1). Quant à la manière de le compter, il faut encore s'en rapporter à l'usage : il est établi que l'acheteur ne peut payer valablement que le onzième jour, non compris celui de la publication. *Dies a quo non computatur* (2).

Le délai d'opposition expiré, l'acquéreur peut, s'il n'y a pas d'opposition, payer valablement le prix entre les mains du vendeur. Un créancier du cédant ne serait plus recevable à contester ce paiement sous prétexte qu'il aurait fait opposition entre les mains du cessionnaire, si celle-ci n'a été pratiquée qu'après les dix jours. Ce n'est pas à dire toutefois que la cession

(1) Conf. les auteurs cités plus haut.

(2) En ce sens : Boistel, *op. cit.*, p. 291. — Seine, 8 oct. 1869, S. 70, II, 33.

du fonds de commerce soit à l'abri de toute critique et que l'acquéreur n'ait plus rien à redouter des créanciers du cédant. Si la cession a été passée en fraude de leurs droits, l'article 1167 du code civil est applicable, l'action paulienne est ouverte. Et même ils peuvent poursuivre la déclaration de faillite du vendeur ou sa mise en liquidation judiciaire, pour ensuite faire tomber la vente du fonds de commerce en invoquant l'article 447 du code de commerce ; on sait que les conditions d'application de ce dernier texte sont plus faciles à remplir que celles de l'article 1167.

Les publications opérées ne sont pas un obstacle absolu à ce que la cession du fonds tombe sous le coup de l'un ou de l'autre de ces textes. Toutefois elles constituent au moins une présomption de fait exclusive de la fraude, présomption *juris tantum* d'ailleurs et susceptible de preuve contraire.

Les controéverses que nous venons d'étudier et la diversité des décisions judiciaires sur la matière ont un résultat fâcheux : elles placent les commerçants, qui achètent ou vendent un fonds de commerce, dans l'incertitude. Et il serait très utile qu'une loi vînt la faire cesser en réglementant et précisant l'usage des publications.

En Algérie, il a existé pendant quelque temps une disposition légale sur ce point. L'arrêté du gouverneur de la colonie du 19 décembre 1831 décidait que tout acheteur d'un fonds de commerce, dans la ville d'Alger, resterait tenu des dettes du vendeur relatives au fonds, à moins qu'il n'ait publié la cession par voie d'affiches à la chambre de commerce d'Alger et qu'il n'ait déposé un extrait de l'acte de vente au greffe de la cour. Mais cet arrêté a été abrogé par décret du 15 septembre 1874 ; et aujourd'hui il n'y a plus, sur

les publications en matière de cession de fonds de commerce, aucune disposition légale. De là proviennent les controverses de la doctrine et les incertitudes de la jurisprudence.

Elles ont inquiété le monde commercial et on a eu l'idée de transformer l'usage en loi. Il y a plus de dix ans déjà, une enquête fut faite auprès des chambres de commerce, ensuite de laquelle la chambre de Dijon elabora une proposition de loi déposée le 18 juillet 1885 au Sénat par MM. Mazeau et Dietz-Monin. Voici quels en sont les termes :

« La disposition suivante est ajoutée à l'article 109 du code de commerce : Toute vente ou cession de fonds de commerce sera, à la diligence de l'acquéreur, publiée sous forme d'extrait ou avis dans un journal du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds vendu, ou, à défaut, dans un journal de l'arrondissement, l'un ou l'autre désignés chaque année par ce tribunal.

« Cette publication contiendra élection de domicile dans le ressort ; elle sera renouvelée le cinquième et le dixième jour après la première insertion.

« Tout créancier du vendeur pourra, pendant quinze jours francs à partir de cette insertion, former, au domicile élu, opposition au paiement du prix.

« L'acquéreur qui, sans publication ou avant l'expiration de ce délai, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers. »

Renvoyée à la commission d'initiative parlementaire qui chargea un de ses membres de présenter un rapport, cette proposition fut prise en considération par le Sénat dans sa séance du 5 décembre 1885 (1). Il

(1) *Journal officiel*, 1885, Sénat, session ordinaire, doc.

s'en suivit la nomination d'une commission d'examen qui n'a point encore réussi à faire consacrer législativement l'usage de publier les cessions de fonds de commerce (1).

Il est à souhaiter, croyons-nous, que le législateur se décide à adopter cette proposition. Elle est de nature à déjouer le plus souvent les fraudes entre vendeur et acheteur d'un fonds de commerce au préjudice des créanciers du cédant. On (2) a pourtant fait contre cette proposition de loi de nombreuses critiques. L'une des plus spécieuses consiste à dire qu'on placerait ainsi les créanciers se trouvant sur les lieux et ainsi mieux prévenus de la vente dans une situation préférable à celle des créanciers éloignés de la localité où a été passée la cession.

Nous répondons que le moyen des publications n'est pas la seule arme efficace dans la main des créanciers du vendeur : il leur reste encore la faculté de faire annuler le contrat de cession (art. 1167 c. civ.), ou de demander la mise en déclaration de faillite du vendeur. Par cette dernière voie, ils aboutiront, au moyen des articles 446 et 447 du code de commerce, à faire déclarer la nullité du paiement du prix ou de la vente du fonds de commerce. Réserve faite sur la place que l'on veut assigner à ces dispositions nouvelles (à la suite de l'art. 109), il est donc à désirer,

parlementaires, n° 339. — Lyon-Caën et Renault, *Traité de droit comm.*, III, p. 179.

(1) Nous faisons remarquer ce qu'il y a de peu rationnel à exiger la publicité du nantissement d'un fonds de commerce (loi du 1^{er} mars 1898 précitée), sans exiger celle de la vente.

(2) Voir notamment un article critique dans *La Loi*, n° du 19 août 1885.

selon nous, qu'elles reçoivent prochainement une consécration législative.

B. — Le législateur compléterait même utilement son œuvre s'il précisait en même temps la forme et les effets des *oppositions* qui peuvent être faites par les créanciers du cédant dans le délai de dix jours après la publication de la cession. Aujourd'hui, en l'absence de tout texte de loi, cette question est aussi réglée par les usages commerciaux, et par cela même, elle a donné lieu à plusieurs controverses.

Il faut d'abord se garder de transporter ici intégralement les règles de la saisie-arrêt. Sans doute, l'opposition pratiquée dans notre cas, par les créanciers du vendeur, ressemble de très près à une saisie-arrêt et on pourra en principe appliquer les règles de celle-ci à celle-là. Mais il ne faut pas oublier d'autre part que nous sommes ici en présence d'une institution essentiellement coutumière, qui obéit avant tout aux usages commerciaux dont elle est issue. En cette matière, les règles de la saisie-arrêt ne seront donc applicables qu'à défaut d'usages commerciaux certains. — C'est à la lueur de ce principe que nous rechercherons successivement par qui et à quelles conditions l'opposition peut être formée ; puis quels en sont les effets.

Et d'abord, à quelles personnes appartient le droit, pendant le délai de dix jours, de former opposition entre les mains de l'acquéreur du fonds de commerce ? Sur ce point, le commerce ne connaît pas d'usages spéciaux et il convient d'appliquer l'adage de droit commun que, pour qu'une créance puisse motiver une saisie-arrêt, elle doit être certaine et exigible. Quant à l'exigibilité, on s'est demandé si la vente du

fonds privait le vendeur du bénéfice du terme, parce qu'elle constituerait vis-à-vis de ses créanciers une diminution de leurs sûretés. Nous avons déjà examiné la question quand il s'agit d'un créancier dont le titre repose sur une vente antérieure, et nous avons répondu par la négative : par identité de motifs, nous adoptons ici la même solution pour tous les créanciers (1).

En ce qui concerne les conditions de l'opposition, la pratique commerciale suit ici des errements différents du droit commun de la saisie-arrêt. — D'abord, il n'est pas besoin de titre authentique ou privé, ou, à défaut, de l'autorisation du juge (art. 557-558 code de procédure); toute personne se prétendant créancière peut faire opposition, sauf bien entendu à justifier plus tard de sa qualité. — La forme de la procédure est aussi beaucoup plus simplifiée. En matière de saisie-arrêt, on sait qu'il faut un exploit signifié au tiers-saisi; viennent ensuite la dénonciation de cet exploit au saisi, la demande en validité, la contre-dénonciation de cette demande et l'assignation en déclaration affirmative. Lorsqu'il s'agit de l'opposition après publication de la vente d'un fonds de commerce, il est dans les habitudes du commerce d'agir beaucoup plus simplement : le créancier procède par lettre recommandée adressée à l'acquéreur ou à son mandataire. Les registres de la poste permettent de vérifier la date de l'opposition dans le cas où des contestations s'élèveraient à ce sujet.

Si rudimentaire que soit cette forme de l'opposition, nous la croyons suffisante pour obliger l'acqué-

(1) En ce sens : Cass., 4 janvier 1870, S. 70, I. 103.

reur à garder le prix par devers lui. En payant le vendeur malgré une opposition de ce genre, il engagerait sa responsabilité vis-à-vis du créancier opposant : cette solution nous semble justifiée par un usage commercial constant, auquel ici encore nous attribuons force obligatoire (1). — Toutefois, il ne faudrait pas donner à notre opinion une portée que nous ne lui attribuons pas : les oppositions ne seront recevables en cette forme simplifiée que dans le délai usuel de dix jours. Ce délai passé, des saisies-arrêts sur le prix demeurent possibles tant que l'acquéreur ne l'a point payé ; mais elles doivent alors être faites conformément aux règles ordinaires du code de procédure civile (2).

Ce n'est pas seulement par la forme que l'opposition particulière dont il s'agit diffère de la saisie-arrêt proprement dite ; elle s'en distingue aussi par ses effets. Sans doute, comme le tiers-saisi ordinaire, l'acquéreur d'un fonds de commerce entre les mains de qui on a formé opposition ne peut plus se dessaisir du prix, sauf toutefois qu'il fait valablement les paiements qui ne nuisent pas aux créanciers opposants. Mais, tandis que le créancier saisissant ordinaire a le droit d'exiger que le tiers-saisi dépose la somme à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à la fin de la procédure, le créancier opposant sur le prix de vente d'un fonds de commerce n'a pas, d'après l'usage, de droit semblable (3). — De plus, si des dif-

(1) Trib. com. Marseille, 11 fév. 1896, *Moniteur du Midi*, 23 août.

(2) Trib. civ. Seine, 23 janv. 1897, *La Loi*, 15 février 1897.

(3) Trib. com. Marseille, 24 nov. 1896, *Recueil-Marseille*, 97. t. 65.

difficultés s'élèvent sur la cession, entre plusieurs créanciers opposants, elles doivent être portées, selon nous (1), devant le tribunal de commerce, tandis que la saisie-arrêt proprement dite ressort de la juridiction civile. Ces conflits se règlent d'ailleurs d'après le principe général de la saisie-arrêt, que le premier créancier opposant n'a aucun privilège sur ceux qui forment à temps une autre opposition.

Une difficulté particulière s'est présentée dans l'hypothèse suivante : un créancier opposant selon les formes d'usage, dans le délai de dix jours, avait été omis dans la distribution. Pouvait-il réclamer à l'acquéreur le montant intégral de sa créance, ou seulement le dividende qui lui fût échu s'il eût été compris dans la distribution amiable? — S'il s'agissait d'une saisie-arrêt proprement dite, comme on admet très généralement qu'elle frappe la créance saisie-arrêtée d'une indisponibilité totale, le créancier omis aurait le droit de demander le remboursement total de sa créance. Mais en l'absence d'un texte formel, il nous semble difficile d'étendre par voie de simple analogie, une solution aussi rigoureuse; nous croyons préférable de recourir aux principes généraux, à l'article 1382 du code civil. Or, à ce point de vue, s'il avait été tenu compte de son opposition, le créancier qui se plaint n'aurait reçu comme les autres qu'un simple dividende. De sorte que le préjudice à lui causé par l'acquéreur qui a négligé son opposition équivaut non pas à la totalité de sa créance, mais seulement au

(1) C'est un point que nous retrouverons plus tard dans le titre consacré à la *Compétence*, (Titre V). — Dans le sens de la solution indiquée au texte : Trib. com. Seine, 24 nov. 1896, J. C. janv. 1897.

dividende qu'il aurait touché. C'est ce dividende qu'il pourra obtenir (1).

SECTION II

OBLIGATIONS DE L'ACQUÉREUR, AUTRES QUE CELLES DE PAYER LE PRIX

Outre l'obligation principale de payer le prix, l'acquéreur est tenu de certaines autres obligations accessoires.

Ainsi il tombe sous le coup de l'article 1593 du code civil qui s'applique aussi bien aux ventes commerciales qu'aux ventes civiles. Il doit, par conséquent, en l'absence de clause contraire, payer les frais d'actes et autres accessoires de la vente que ce texte met en principe à la charge de l'acheteur.

Il doit aussi prendre livraison du fonds de commerce de la manière et dans les délais stipulés. Dans le cas où il ne se soumet pas à cet engagement, le vendeur a le droit de lui demander des dommages-intérêts et de poursuivre contre lui la résolution de la vente (art. 1184, c. civ.). Seulement on s'est demandé si, dans ce cas, la résolution de la vente se produit de

(1) En ce sens : Cour de Paris, 7 et 29 avril 1897, J. C. mai 1898, p. 364 : « L'acquéreur d'un fonds de commerce qui, après avoir publié son acquisition et fait savoir qu'il recevrait les oppositions, passe outre au paiement sans tenir compte de l'opposition d'un créancier, cause à ce dernier un préjudice dont on est en droit de lui demander réparation.

« Mais ledit créancier qui s'est borné à former opposition sans se conformer ensuite aux règles prescrites par la loi en matière de saisie arrêt, notamment sans assigner en validité, ne saurait prétendre faire condamner l'acquéreur comme débiteur pur et simple des causes de la saisie. »

plein droit, par cela seul que le cessionnaire laisse écouler le délai de livraison sans prendre possession du fonds, ou si, au contraire, une mise en demeure préalable est nécessaire. La question est très controversée ; sa solution dépend du domaine d'application que l'on assigne à l'article 1657 du code civil d'après lequel « en matière de vente de deniers et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. » Quelques auteurs (1) prétendent que l'article 1657 ne s'applique qu'aux ventes civiles et non aux ventes commerciales ; les autres considèrent plus justement, croyons-nous, que ce texte à une portée générale et doit s'appliquer aussi dans le domaine du commerce (2). Mais, même dans cette opinion, on peut se demander si les mots « denrées et effets mobiliers » ont une signification assez compréhensive pour qu'on puisse y faire rentrer un fonds de commerce ; ce n'est certainement pas une denrée, mais il semble bien qu'on puisse le comprendre parmi les « effets mobiliers ». Nous croyons donc que l'article 1657 s'applique à la vente d'un fonds de commerce et qu'elle est résolue de plein droit au profit du cédant si l'acquéreur n'a pas pris livraison dans le délai convenu (3).

Une dernière question se pose relativement aux obli-

(1) Aubry et Rau, IV, § 356.

(2) Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, II, n° 637.
— Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, III, n° 121.

(3) En ce sens la majorité des arrêts : Req., 19 fév. 1873, D., 73, I, 301. — Cass., 11 juillet 1882, S., 82, I, 472.

Contra : Trib. com. du Mans, 27 juillet 1893, *La Loi* du 4 octobre 1890.

gations de l'acquéreur, question fort importante et très controversée : la vente d'un fonds de commerce comprend-elle de plein droit et en l'absence de toute stipulation à cet égard, les *créances* et les *dettes* nées de son exploitation antérieure à la vente au profit ou à la charge du vendeur ?

Pour les créances, la question se comprend aisément puisqu'elles sont cessibles dans notre législation. Quant aux dettes, on la comprend moins facilement puisque, dans la conception de notre code, elles sont incessibles : aussi reviendrons-nous tout à l'heure sur cette clause de cession de dettes adjointe à la vente d'un fonds de commerce. Qu'il nous suffise de dire quant à présent que cette clause, expresse ou tacite, ne peut évidemment avoir pour effet de priver les créanciers qui y sont demeurés étrangers de leur débiteur primitif ; elle concerne seulement les rapports de l'acheteur et du vendeur et permet à celui-ci, dans le cas où les créanciers le forceraient à payer une des dettes cédées, de recourir contre le cessionnaire. — Le sens de notre question ainsi précisé, quelle réponse convient-il d'y donner ? La vente d'un fonds de commerce contient-elle *de plano* la cession des créances et des dettes qui y sont relatives ?

Nous ne le croyons pas. Car, ainsi que nous avons eu soin de l'établir au début de cette étude, un fonds de commerce n'est pas, comme une succession, une universalité de droit (*universum jus, nomen juris*) formée de l'ensemble d'un patrimoine, y compris les créances et les dettes. C'est seulement une universalité de fait (*universum corpus*) ; une réunion d'objets corporels et incorporels unis sans doute par l'emploi auquel ils sont destinés, mais susceptibles pourtant d'être séparés les uns des autres et n'embrassant

point les créances et les dettes. En l'absence de toute convention à cet égard, le cessionnaire d'un fonds de commerce n'est donc, dans notre droit, ni titulaire des créances, ni obligé au paiement des dettes qui y sont relatives (1).

Il en est autrement en Allemagne ; mais cela tient à une conception spéciale du fonds de commerce et du nom commercial, de la *firma*, comme on dit. On considère que les créanciers commerciaux ont pour débiteur moins le commerçant lui-même que le nom commercial, ou plutôt que le porteur de ce nom. Les dettes commerciales suivent le nom commercial, la *firma*, se transmettent avec elle ; et comme la *firma* est comprise *de plano* dans la vente du fonds de commerce, il en est de même des dettes commerciales. Elles passent de plein droit au cessionnaire.

D'ailleurs, la reprise des dettes commerciales est si bien entrée dans les mœurs que le récent code de commerce du 7 avril 1897, lui a consacré des dispositions spéciales dont voici le texte (2) :

« § 25. — Toute personne qui continue, sous le nom commercial primitif, avec ou sans indication de sa qualité de successeur, l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a acquis entre vifs, répond de toutes les obligations contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds par le précédent titulaire.

« Une convention contraire n'est efficace à l'égard d'un tiers

(1) En ce sens : Aubry et Rau, *op. cit.*, II, § 236, n°, p. 526. Lèbre, *op. cit.*, n° 2, p. 2. — Lyon-Caën et Renault, III, p. 171. — Trib. com. Seine, 1^{er} déc. 1886, *Le Droit*, n° du 16 déc. 1886. Il s'agissait, il est vrai, dans ce jugement non pas d'une vente amiable, mais d'une vente de fonds de commerce après faillite. Néanmoins, au point de vue qui nous occupe, nous ne voyons pas de motifs pour distinguer entre les deux espèces de vente.

(2) Traduction de M. E. Gaudennet, *Transport de dettes à titre particulier*, thèse, 1898, p. 534.

que si elle a été inscrite au registre du commerce, et rendue publique ou notifiée au tiers par l'acquéreur ou par l'aliénateur.

« L'acquéreur d'un fonds de commerce qui ne reprend pas le nom commercial ne répond des obligations contractées à l'occasion de l'exploitation antérieure que s'il existe pour lui une clause particulière d'obligation, particulièrement si la reprise de ces obligations a été rendue publique par l'acquéreur suivant les procédés déterminés par les usages commerciaux.

« § 26. — Dans le cas où l'acquéreur du fonds de commerce, soit par l'effet de la publication mentionnée au § 25, al. 3, répond des obligations antérieurement contractées, les droits des créanciers contre le précédent titulaire se prescrivent par un délai de cinq ans, à moins que la prescription ne soit acquise plus tôt, par application des principes généraux.

« Ce délai commence à courir, dans le cas du § 25, al. 1, à la fin du jour où le nouveau titulaire du nom commercial a été inscrit au registre du commerce du tribunal de l'établissement principal, et dans le cas du § 25, al. 3, à la fin du jour où la publication de reprise a eu lieu. Si la créance n'était exigible qu'à une date postérieure, le délai de prescription ne commence qu'à cette date.

« § 27. — Si une entreprise commerciale dépendant d'une succession est continuée par l'héritier, on applique à la responsabilité de l'héritier pour les obligations contractées dans l'exploitation antérieure les dispositions du § 25.

« Il n'y a pas lieu à la responsabilité illimitée établie par le § 25, al. 1, quand la continuation de l'entreprise a commencé moins de trois mois après que l'héritier a eu connaissance de l'ouverture de la succession à son profit. On applique à ce délai les dispositions du § 206 du code civil, relative à la prescription. Si, dans le cours des trois mois, le droit de renoncer à la succession n'est pas perdu, le délai ne prend pas fin avant l'expiration du délai de renonciation. »

Ces dispositions du code de commerce allemand n'ont pas seulement pour effet, on le sait, de sous entendre la reprise de dettes dans la cession d'un fonds de commerce; elles précisent en outre le sens et la portée de cette reprise de dettes et en distinguent deux espèces.

Dans le système du code allemand, la succession à la dette s'opère, soit par contrat entre le créancier et le nouveau débiteur, soit par contrat entre les deux débiteurs successifs.

Ces deux théories se différencient profondément : la reprise de dettes par contrat entre le créancier et le reprenant est une novation par changement de débiteur, mais une novation qui entraîne succession à la dette. Au contraire, la reprise de dettes par contrat entre le débiteur et le reprenant est une institution originale et bien moderne. « La convention du « débiteur et du reprenant a été considérée par les « rédacteurs du code comme un acte de disposition « du droit d'autrui, comme un empiètement sur la « sphère juridique du créancier, résultant du contrat « lui-même, mais définitif seulement à partir de « l'adhésion du créancier qui en opère la confirma- « tion (1). »

Cette adhésion est un acte juridique unilatéral par lequel le créancier reconnaît valable à son égard la convention de reprise et s'en approprie les effets.

En droit français, on ne connaît pas, sous ce nom du moins, la cession de dettes à titre particulier. Mais est-ce à dire que la chose y soit totalement inconnue, et que les parties ne puissent, par une clause expresse, arriver à produire des résultats analogues à ceux qui résultent, en droit allemand, de la cession de dettes tacite, sous-entendue dans la vente d'un fonds de commerce ? Ce n'est pas notre opinion et nous croyons que la plupart des résultats obtenus en Allemagne par la théorie de la cession de dettes peuvent être atteints chez nous, soit au moyen de la novation par

(1) Gaudemet, *op. cit.* p. 499.

changement de débiteur, soit au moyen de la stipulation pour autrui. La première remplace la cession de dettes par contrat entre le créancier et le reprenant, et la seconde la cession de dettes par contrat entre les deux débiteurs successifs.

Ainsi, plaçons-nous en face d'une vente de fonds de commerce dans laquelle le cessionnaire s'engage expressément à reprendre les créances et les dettes de son cédant. Le créancier adhère à cette convention et déclare qu'il consent à tenir le cédant comme libéré à son égard, du moment que le cessionnaire prend sa place, s'engage directement vis-à-vis du créancier. En Allemagne, on dira qu'il y a cession de dettes, parfaite par l'adhésion du créancier ; chez nous, qu'il y a novation par changement de débiteur. Et les résultats juridiques produits se ressemblent singulièrement dans l'une et l'autre législation : en droit français comme en droit allemand, le cédant est libéré et le cessionnaire tenu à sa place. Seulement on prétend que la conception allemande est supérieure parce que c'est la même dette qui se transmet, tandis qu'en France il y a extinction de la dette du cédant et naissance d'une dette nouvelle à la charge du cessionnaire : de là résulte, dit-on, qu'en Allemagne, la dette restant la même, les exceptions dont disposait le cédant vis-à-vis du créancier demeurent acquises au cessionnaire, comme aussi les sûretés réelles (hypothèques ou privilèges), garantissant la dette cédée subsistent au profit du créancier. En France, au contraire, exceptions et sûretés disparaîtraient avec la dette primitive qui s'éteint ; et la dette du nouveau débiteur, c'est-à-dire du cessionnaire, naîtrait dépourvue à la fois des unes et des autres. S'il en était ainsi, nous reconnatrions volontiers la suprématie du système

allemand. Mais on prête à notre législation des solutions qui ne sont pas les siennes : nous prétendons qu'en droit français, comme en droit allemand, les exceptions et sûretés qui s'attachaient à la dette ancienne, s'attachent ou peuvent s'attacher encore à la dette nouvelle. Et d'abord, quant aux exceptions, on oublie que l'obligation nouvelle est exactement calquée sur l'ancienne : la novation est la substitution d'une dette à une autre et celle-là ne dure que dans la mesure où celle-ci existe ; si la première dette s'éteint par le jeu d'une exception, la novation n'a plus de cause et la seconde dette disparaît aussi. Les exceptions dont jouissait le cédant demeurent donc opposables par le cessionnaire. Quant aux hypothèques, il est vrai qu'en principe elles disparaissent, mais l'article 1278 du code civil permet au créancier de les réserver.

Il nous semble donc que les résultats atteints en Allemagne au moyen de la cession de dettes, parfaite par le consentement du créancier, peuvent l'être chez nous en matière de cession de fonds de commerce, comme en toute autre matière, au moyen de la novation par changement de débiteur.

Nous n'ignorons pas non plus la cession de dettes par convention entre le débiteur et celui qui prend sa place sans le consentement du créancier, ou du moins, si nous ne connaissons pas l'opération sous ce nom, il existe dans notre loi une autre institution qui permet d'arriver aux mêmes résultats. C'est la stipulation pour autrui. Comme la cession de dettes allemande, elle fait naître un droit direct du créancier contre le nouveau débiteur, du jour où elle intervient ; de sorte que, comme nous l'avons déjà remarqué, elle garde son efficacité malgré le décès du stipulant ou du

bénéficiaire survenu avant l'acceptation de ce dernier. On ne peut guère signaler entre les deux institutions qu'une différence : en droit français, tant que le bénéficiaire n'a pas accepté la stipulation, elle peut être révoquée par les intéressés, tandis qu'en droit allemand, le bénéficiaire a un droit irrévocable avant toute acceptation de sa part. Seulement il est permis de douter que cette différence constitue un avantage au profit de la législation allemande.

Le cédant et le cessionnaire d'un fonds de commerce peuvent donc, même en dehors du consentement du créancier, mettre les dettes relatives à ce fonds à la charge du cessionnaire : seulement tandis qu'en Allemagne ce résultat a lieu *de plano*, en France il ne peut résulter que d'une clause expresse du contrat de vente. Lorsqu'elle existe, elle a d'ailleurs des effets pratiques très importants. Les créanciers du cédant peuvent agir directement contre le cessionnaire du fonds qui constituera souvent l'élément le plus important des biens de leur débiteur sur le patrimoine duquel ils ont un droit de gage général (art. 2093 c. civ.). Et ce résultat est fort appréciable puisque le droit de propriété sur le fonds, à dater du jour de la cession, a passé de la tête du cédant sur celle du cessionnaire, et qu'ainsi il se pourrait que le patrimoine restant au cédant après la cession fût devenu insuffisant pour désintéresser intégralement ses créanciers. Le cessionnaire a recueilli tout l'actif commercial, il a augmenté son patrimoine de tout ce dont le vendeur s'est dessaisi ; rien de plus équitable donc que l'obligation aille là où va l'actif, c'est-à-dire dans le patrimoine de l'acheteur.

Malgré les avantages évidents qu'offre cette clause du transport des dettes, elle est loin d'être de prati-

que courante. Cela tient sans doute tant à l'absence d'une législation sur la matière qu'au défaut d'homogénéité de la jurisprudence qui applique tantôt les principes du mandat, tantôt ceux de la délégation ou ceux de la stipulation pour autrui (1). D'où difficulté pour les parties contractantes d'envisager d'une façon nette et précise les effets d'une pareille convention.

(1) Voir notamment : cour de Paris, 28 mai 1884, *Le Droit* du 21 juillet.

TITRE IV

Des Intermédiaires (1)

La fréquence sans cesse croissante des ventes de fonds de commerce a fait naître une profession nouvelle : celle d'intermédiaires spéciaux qui facilitent ces opérations, en rapprochant l'un de l'autre le vendeur et l'acheteur. Par l'organisation d'un système de renseignements habilement combiné, ils se tiennent au courant des établissements à vendre et des personnes désireuses d'en acheter, et mettent ainsi en rapport les parties intéressées. Cette industrie a pris dans ces dernières années un grand développement ; il semble pourtant que le commerçant qui désire se défaire de son fonds aurait plus d'avantage à s'adresser à une contre-partie plutôt que de recourir à un intermédiaire qui lui fera payer fort cher ses services. Il en était ainsi quand les cessions de fonds se pratiquaient dans un rayon restreint.

Mais aujourd'hui, les fonds de commerce sont deve-

(1) Voir sur cette matière : *De la vente des fonds de commerce*, par A. Pélissier.

nus des objets de circulation, autant que des instruments d'exploitation ; ils donnent lieu à des transactions très nombreuses et sont presque comparables sous ce rapport à des denrées et à des marchandises. Aussi, s'est-il formé, sinon un marché proprement dit de fonds de commerce, du moins toute une classe d'intermédiaires qui en facilitent la vente et l'achat, en régularisent les cours et ont à peu près le monopole de fait de ces opérations.

Voici comment, en fait, les choses se passent le plus souvent : un commerçant désireux de vendre son fonds le plus vite possible, charge moyennant salaire un de ces intermédiaires de lui trouver un acquéreur. L'intermédiaire fait des recherches, et, quand il a trouvé une contre-partie, il la met en rapport avec le vendeur ; les parties intéressées discutent directement entre elles les conditions de la vente, et quand elles sont tombées d'accord il ne reste plus qu'à dresser l'acte de vente. Dans la plupart des cas le soin de la rédaction est confié à l'intermédiaire, plus au courant que les contractants, de cette sorte d'actes ; c'est aussi l'intermédiaire qui est chargé de faire les publications d'usage et de recevoir les oppositions sur le prix de vente s'il vient à s'en produire dans le délai habituel de dix jours après les publications.

Ce rôle, les intermédiaires peuvent d'ailleurs le remplir, soit d'une manière habituelle, soit exceptionnellement. Parmi les intermédiaires de profession, on peut distinguer deux catégories : les uns ont une véritable agence, avec un local distinct, des bureaux, un personnel ; les autres agissent plus discrètement, ce sont de simples placiers sans local et sans aide, qui procèdent seuls. A côté de ces

deux catégories d'intermédiaires, il se peut d'ailleurs qu'une personne fasse une fois par hasard un acte d'entremise dans la vente d'un fonds de commerce : mais cela est assez rare et c'est surtout des deux premières catégories d'intermédiaires dont nous nous occuperons ici.

Nous avons vu comment ils opèrent en fait. Mais lorsqu'il s'agit de soumettre leurs agissements à l'analyse juridique et de déterminer les règles de droit qui les régissent, des difficultés sérieuses surgissent. Elles tiennent autant à la nouveauté de la situation qu'à la complexité du rôle des intermédiaires. La principale d'entre elles, celle à laquelle se rattachent la plupart des autres, consiste à déterminer la qualité juridique de l'intermédiaire : est-ce un mandataire des contractants, ou bien le contrat qui le lie au vendeur n'est-il qu'un louage de services ? Ce point et aussi les questions qui en dépendent sont vivement controversés.

Parmi celles-ci, l'une des plus importantes, qui a donné lieu en pratique à de nombreux procès, est celle de la rétribution de l'intermédiaire. Dans quels cas y a-t-il droit ; et quel est alors son *quantum* ?

Conformément aux observations qui précèdent, nous diviserons notre titre IV en deux chapitres :

CHAPITRE I. — *Qualité juridique de l'intermédiaire.*

CHAPITRE II. — *Sa rétribution.*

CHAPITRE PREMIER

Qualité juridique de l'intermédiaire

Quelle est la qualité juridique de l'intermédiaire ? C'est-à-dire quelle est la nature du lien de droit qui l'unit aux parties contractantes, vendeur et acheteur d'un fonds de commerce ?

A voir de près les différents actes qu'il accomplit, on s'aperçoit que l'intermédiaire agit à la fois dans l'intérêt de l'une et de l'autre partie. Dans la dernière phase de son rôle, quand il publie la vente du fonds, la porte à la connaissance des créanciers intéressés, reçoit leurs oppositions et opère entre eux la distribution amiable du prix, il fait l'affaire de l'acheteur auquel incombe normalement ces opérations nécessaires pour le paiement valable du prix. Et tout le monde est d'accord pour reconnaître que, dans cette seconde phase, l'intermédiaire agit comme mandataire de l'acquéreur.

Mais il est beaucoup plus difficile de déterminer la nature juridique du contrat qui le lie au vendeur. C'est dans l'intérêt de ce dernier qu'il accomplit la partie principale de sa tâche, qu'il recherche une

contre-partie disposée à acheter le fonds. Quel est donc le contrat qui intervient entre l'intermédiaire et le vendeur quand le premier s'engage vis-à-vis du second, à rechercher moyennant salaire un acquéreur et à faciliter la vente du fonds ? — Est-ce un mandat ? Est-ce un contrat de commission ? Est-ce un louage de services ? Chacune de ces réponses compte des partisans.

Selon nous, la plus juridique est la dernière. Ses partisans font remarquer, non sans raison, que l'idée de mandat est inséparable de celle de représentation ; qu'il ne peut y avoir mandat, au sens vraiment juridique du mot, que lorsqu'une des parties s'engage à représenter l'autre dans une opération juridique. Le mandataire est le représentant du mandant dans un acte générateur de droits. Or ici le cédant ne charge pas du tout l'intermédiaire de procéder en son nom à un acte juridique, par exemple à la vente du fonds ; il le charge uniquement d'un simple fait matériel, de la recherche d'une contre-partie, mais sans lui donner le pouvoir de l'engager par représentation dans aucun lien de droit. On ne peut donc dire ici qu'il y a mandat. C'est seulement un louage de services : l'intermédiaire loue ses services, son activité, les moyens de renseignement dont il dispose, au commerçant qui désire vendre son fonds. En d'autres termes, dit-on, l'intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce joue un rôle bien plus voisin de celui du courtier en marchandises que de celui du commissionnaire. Le contrat qui le lie au cédant ressemble bien plus au contrat de courtage, qui n'est lui-même qu'une variété du louage d'ouvrage, qu'à la commission, qui est une variété du mandat.

Si juridique que soit cette opinion, elle n'est pourtant

pas celle de la jurisprudence. D'après elle, il s'agit d'un véritable mandat. Quand l'intermédiaire cherche une contre-partie, il agit, dit-on, au nom du vendeur : cela est fort contestable, car il peut très bien arriver qu'il fasse cette recherche en son propre nom ; et à supposer même qu'il la fasse au nom du cédant, qu'il représente dans cette recherche, elle ne constitue à coup sûr qu'un simple fait matériel et non un acte juridique. Mais cet argument n'a pas touché la jurisprudence et la presque unanimité des arrêts considèrent l'intermédiaire qui négocie la cession d'un fonds de commerce comme un mandataire du cédant. Non seulement elles le désignent sous ce nom, mais encore sur les questions essentielles, elles lui appliquent les règles du mandat. Ainsi la cour de Paris a refusé le privilège de l'art. 2102 § 3 du code civil à un intermédiaire qui réclamait une commission sur la vente du fonds, attendu « que la rémunération due pour l'accomplissement d'un mandat ne saurait être assimilée à des frais faits pour la conservation des biens d'un débiteur. » (1).

Il convient donc, puisque nous sommes ici dans une matière essentiellement pratique où il est impossible, sous peine de s'égarer, de dédaigner la jurisprudence, de se placer à son point de vue. Sous réserve des considérations théoriques que nous avons fait valoir, nous tiendrons par conséquent l'intermédiaire comme un mandataire : mandataire de l'acquéreur dans la seconde phase de son rôle, du vendeur dans la première.

Mais quelle est la nature du mandat dont il est investi ? Est-ce un mandat civil ou un mandat commer-

(1) Paris 3 novembre 1887, J. C. 1888, n° 11. 357.

cial ? Or, la plupart des auteurs (1) s'accordent à reconnaître que la commission diffère du mandat civil par deux caractères : 1^o parce qu'elle a pour objet un acte commercial et non pas un acte civil ; 2^o parce qu'elle suppose chez le commissionnaire l'*habitude* de représenter autrui dans des actes de ce genre.

Retrouvons-nous ces deux caractères chez l'intermédiaire qui s'interpose dans la vente d'un fonds de commerce ? Nous le croyons.

D'abord, les actes qui font ici l'objet du mandat sont la vente d'un fonds de la part du cédant, et l'achat de ce fonds de la part du cessionnaire ; ou plutôt, ce sont les opérations préliminaires ou consécutives de cette cession : préliminaires de la part du vendeur puisqu'il donne l'ordre à l'intermédiaire de rechercher une contre-partie, consécutives de la part de l'acquéreur puisqu'il confie à cet intermédiaire le soin de faire les publications et de recevoir les oppositions. Préliminaires ou consécutifs de la vente du fonds, ces actes en sont en tous cas les accessoires, et par suite ils empruntent le caractère juridique de l'acte principal auquel ils se rattachent. — Or, nous avons admis qu'en principe la vente d'un fonds de commerce et même sous certaines réserves son achat, avaient le caractère commercial : les actes accessoires de cette

(1) Lyon-Caën et Renault, III, n^{os} 414 et 415. — Guillouard, *Du mandat*, n^o 22. — D'autres auteurs, il est vrai (Ruben de Couder, *Diet. v^o mandat*, n^o 1) s'attachent à la manière dont agit le mandataire : quand il agit en son nom propre, il y aurait commission, mandat commercial ; s'il prenait la qualité de représentant, il y aurait au contraire mandat civil. Ce *criterium* nous semble faux : le mandataire civil comme le mandataire commercial peut agir *proprio nomine*, sauf ensuite à faire passer le bénéfice de l'opération, au moyen d'un transfert, sur la tête du mandant.

vente et de cet achat, actes qui font l'objet du mandat de l'intermédiaire, ont donc aussi le caractère d'actes de commerce. Et par conséquent il s'agit bien ici d'un mandat commercial.

Il est vrai que d'après le *criterium* indiqué plus haut, une seconde condition serait nécessaire : pour que le mandat soit commercial, il ne suffirait pas qu'il ait pour objet un acte de commerce, il faudrait en outre que la personne qui l'exécute ait l'habitude d'accomplir des actes de ce genre; de sorte qu'en se plaçant à ce point de vue il conviendrait de distinguer entre les différentes catégories d'intermédiaires que nous signalions tout à l'heure : ceux qui font profession de s'entremettre dans les ventes de fonds de commerce seraient des mandataires commerciaux, tandis que le mandat de celui qui fait accidentellement un acte de cette espèce aurait le caractère civil. Mais cette seconde condition nous paraît beaucoup plus contestable que la première : rationnellement, on comprend que le caractère civil ou commercial du mandat dépende du caractère civil ou commercial de l'acte qu'il a pour objet, mais non de sa rareté ou de sa fréquence. D'ailleurs, parmi les intermédiaires, les professionnels sont de beaucoup les plus nombreux (1).

Nous concluerons donc que si l'on veut, avec la jurisprudence, attribuer la qualité de mandataires aux agents qui s'entremettent dans les ventes de fonds de commerce, on doit au moins reconnaître qu'ils sont investis d'un mandat *commercial*.

(1) Com. Seine, 30 septembre 1852, J. C. 52, n° 395. — Paris, 7 février 1870; J. C. 70, n° 6092. — *Contra*, quelques décisions de plus en plus rares; Paris, 5 mai 1852, J. C. 52, n° 181,

Cette solution est d'ailleurs celle de la jurisprudence. Elle a eu l'occasion de se prononcer sur ce point, surtout à propos de la compétence (1). — La question importe aussi au point de vue de la preuve : nous retrouverons ces difficultés. Il nous suffit de dire quant à présent qu'à ce double point de vue l'intermédiaire est soumis aux règles du droit commercial. — Puisque le mandat qu'il reçoit est un acte de commerce, comme le plus souvent il fait de l'exercice de ces mandats sa profession habituelle, il en résulte aussi qu'il a la qualité de commerçant.

On voit par cette rapide énumération les intérêts multiples que présente la recherche de la qualité juridique de l'intermédiaire. Elle est très utile aussi pour déterminer les règles d'après lesquelles sera fixée sa rétribution.

Ce problème fait l'objet de notre chapitre II.

(1) Seine, 8 janvier 1882 et 20 juillet, J. C. 31, n° 523.

CHAPITRE II

Rétribution de l'intermédiaire

D'après la jurisprudence à laquelle nous nous sommes rallié sous réserve, l'intermédiaire est un mandataire commercial. Par conséquent ce sont les principes du mandat commercial qu'il convient d'appliquer pour savoir à quelles conditions et dans quelle mesure l'intermédiaire a droit à une rétribution.

Pour l'obtenir, il est évident qu'il doit d'abord prouver que le vendeur lui a donné mandat de rechercher une contre-partie. Quant à la preuve de ce mandat, elle est administrée, non pas d'après les articles 1315 et suiv. du code civil, mais conformément aux dispositions de l'article 109 du code de commerce ; c'est-à-dire que l'intéressé peut, à défaut d'autres moyens, recourir à la preuve testimoniale. Mais la preuve du mandat ne suffit pas. Pour justifier sa prétention, l'intermédiaire doit établir en outre qu'il s'agit d'un mandat salarié, et aussi qu'il a exécuté ce mandat. — Nous rechercherons donc d'abord s'il est conforme à l'intention des parties de considérer le mandat dont est investi l'intermédiaire comme une mission rémuné-

rée, et quel est le *quantum* de cette rémunération. Puis, dans quels cas celle-ci est due, c'est-à-dire dans quels cas il y a exécution suffisante du mandat.

Ces questions feront l'objet de deux sections. Dans une troisième, nous nous demanderons si le salaire auquel l'intermédiaire peut avoir droit n'est pas garanti par quelque sûreté.

SECTION I

LE MANDAT DE L'INTERMÉDIAIRE EST-IL GRATUIT OU SALARIÉ ?
QUEL EST LE « QUANTUM » DU SALAIRE ?

Il arrive très souvent que l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce stipule expressément une rémunération. Dans ce cas, il n'est pas douteux que son mandat soit salarié. Mais faut-il donner la même solution dans le cas où les parties ne se sont pas expliquées expressément sur ce point ? Leur silence équivaut-il à une convention tacite de salaire ?

Tout d'abord on en peut douter, car aux termes de l'article 1986 du code civil, « tout mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire ». Le mandat est gratuit, sinon par son essence, du moins par sa nature, et il faut, semble-t-il, pour déroger à ce caractère de gratuité, une stipulation expresse.

Cette opinion est pourtant aujourd'hui généralement abandonnée, et on s'accorde à reconnaître « que cette clause expresse n'est pas nécessaire et que les parties peuvent convenir tacitement que le mandat sera salarié, sauf à déterminer ensuite le montant du salaire par l'usage et par les circonstances particulières du mandat dont il s'agit (1) ». Et cela doit être

(1) Guillouard, *Mandat*, II n° 11,

vrai surtout en matière commerciale, car dans le commerce, rien ne se fait gratuitement, et quand il s'agit de personnes qui font profession de s'occuper, moyennant salaire, des affaires d'autrui.

Nous croyons donc qu'il est conforme à l'intention des parties de sous-entendre, dans le contrat qui intervient entre l'intermédiaire et le commerçant qui veut vendre son fonds, une convention tacite de salaire. Le mandat de l'intermédiaire, même en l'absence d'une clause expresse, doit être considéré comme salarié.

C'est là d'ailleurs un principe que les tribunaux admettent sans difficulté. Seulement, quand il s'agit de fixer le montant de ce salaire tacite, ils diffèrent d'avis. Les uns laissent au juge du fait le soin de fixer ce salaire d'après la peine prise par l'intermédiaire et le service effectivement rendu au vendeur. Les autres au contraire déclarent qu'il y a une sorte de tarif adopté par l'usage en ces matières, tarif variable d'ailleurs avec les localités et auquel les parties sont censées se référer tacitement. En l'absence d'une clause expresse, c'est donc ce tarif qu'il faut appliquer d'abord ; on ne recourra à l'équité qu'à défaut de ce tarif coutumier (1).

Quant à nous, conformément à l'opinion que nous avons déjà exprimée sur le rôle des usages en droit commercial, nous considérons que cette seconde manière de procéder est la meilleure. L'usage en droit commercial vaut au moins comme interprétatif de la

(1) Trib. com. du Havre, 22 oct. 1888, *Rec. Havre*, 254, 1, 1888. A Paris, il est d'usage qu'à défaut de stipulation expresse l'intermédiaire a droit à 5 % du prix de vente. Havre, 25 août 1890, *Rec. Havre*, 1890, 216, 1.

volonté des parties, et c'est à lui qu'il faut recourir pour la connaître quand elles ne l'ont pas exprimée formellement.

Nous avons supposé jusqu'à présent que les intéressés ne s'étaient pas expliqués sur le montant du salaire. Cela arrive assez rarement, et le plus souvent cette question fait au contraire l'objet de conventions expresses entre le vendeur et l'intermédiaire. Il n'y a donc, semble-t-il, pour fixer le *quantum* du salaire dû, qu'à appliquer ces stipulations formelles, car « la convention fait la loi des parties ».

Sans doute, comme tout autre contrat, la convention de salaire peut être viciée par l'erreur, le dol ou la fraude; le salaire peut aussi n'être pas dû faute d'exécution complète du mandat stipulé (c'est une autre face de la question, que nous examinerons tout à l'heure). Mais si on se trouve en présence d'un salaire convenu, sans fraude, et si d'autre part l'intermédiaire a rempli entièrement sa mission, le juge ne peut, selon nous, qu'appliquer purement et simplement le contrat passé par les parties pour fixer le taux du salaire. Il doit condamner nécessairement le vendeur à payer tout le salaire convenu, sans pouvoir le réduire en aucune manière, car cette réduction constituerait la violation d'une clause librement consentie par les parties et par conséquent pleinement obligatoire pour elles.

Cette théorie n'est pourtant pas celle de la jurisprudence. Même en présence de stipulations expresses, elle reconnaît néanmoins aux juges le droit d'apprécier le salaire dû et de réduire la rémunération convenue. En procédant ainsi, la jurisprudence ne fait d'ailleurs qu'appliquer aux intermédiaires dans les ventes de fonds de commerce une opinion plus géné-

rale qui trouve sa place dans la théorie du mandat. Dans le commentaire de l'art. 1999 du code civil, on se demande si, en présence d'une clause fixant expressément le montant du salaire du mandataire, le juge peut néanmoins le réduire par le motif qu'il serait disproportionné au service rendu. La jurisprudence et avec elle quelques auteurs le prétendent. Voici ce que l'un des plus considérables (1) dit à ce sujet : « Sans doute, en thèse générale, les parties sont libres d'arrêter leurs conventions comme elles l'entendent, et l'accord de leurs volontés forme leur loi que les tribunaux doivent sanctionner. Mais, dans l'usage de cette liberté qui leur est donnée, les parties doivent respecter les règles essentielles du contrat qu'elles font, le caractère d'irrévocabilité dans la donation, etc.... et dans le mandat, le caractère essentiel de *gratuité relative*, maintenu par les rédacteurs du code. »

On a présenté l'argument sous une autre forme, plus serrée et plus juridique encore. Le mandat, dit-on, n'est pas un contrat synallagmatique proprement dit ; ce n'est qu'un contrat synallagmatique imparfait dans lequel l'obligation de l'une des parties, du mandant, naît, non pas de la convention, mais des prestations fournies par le mandataire, et qui, par conséquent, a aussi pour mesure l'étendue de ses prestations. En d'autres termes, le mandant ne peut être tenu vis-à-vis du mandataire qu'à l'indemniser des frais et déboursés qu'il a faits pour l'exécution du mandat et de sa perte de temps ; mais il ne peut être

(1) Guillouard : *Du Mandat* n° 16, Cass. 10 avril 1885, S. 85. I, 293.

tenu au delà, même si cela était convenu, car alors son obligation n'aurait plus de cause puisque cette cause réside, non dans la convention, mais dans les frais et déboursés du mandataire.

Malgré ces arguments très spécieux, nous préférons nous rallier à l'opinion contraire. Quoiqu'on en dise, le système que nous combattons va directement à l'encontre du principe fondamental en vertu duquel « la convention fait la loi des parties ». Quant à l'argument que l'on prétend tirer de ce que le mandat est un contrat synallagmatique imparfait, il nous semble reposer sur une erreur : assurément le mandat peut avoir ce caractère, mais pourquoi les parties ne lui en donneraient-elles pas un autre ? Ne sont-elles pas libres de faire un contrat quelconque, un mandat, contrat synallagmatique parfait, qui ne sera plus, nous le voulons bien, l'ancien mandat classique (synallagmatique imparfait), mais dont il ne faut pas moins reconnaître la validité en vertu du principe de la liberté des conventions. Et il convient d'autant mieux de prêter cette intention aux parties, que la vieille conception du mandat, contrat gratuit, service d'ami, n'est plus du tout en harmonie avec ses fonctions nouvelles, notamment avec le rôle qu'il joue en matière commerciale où tout service se paye. La notion du mandat, contrat synallagmatique imparfait dans lequel la rémunération du mandataire ne pourrait pas dépasser les frais et déboursés faits par lui, est un anachronisme économique.

Il faut respecter la volonté des parties. Quand le salaire de l'intermédiaire a été consenti par le vendeur en pleine connaissance de cause, sans réticence coupable ni manœuvre dolosive du mandataire, ce salaire convenu est dû intégralement, sans que les

tribunaux aient le droit de le réduire sous le seul prétexte qu'il est excessif.

Cette opinion est la plus répandue dans la doctrine. C'est celle de Demolombe, de Laurent, et d'Aubry et Rau (1). Elle compte aussi pour elle quelques décisions dans la jurisprudence la plus récente (2). Mais la très grande majorité des arrêts et jugements reconnaissent aux magistrats le droit de réduire à la juste rémunération du service rendu le salaire, même librement consenti à un mandataire, spécialement à la personne qui joue le rôle d'intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce.

« Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour réduire le salaire des agents d'affaires, dit un arrêt de la cour de Paris (3), dans le cas même où il a été librement et volontairement stipulé entre les parties. »

Nous désapprouvons le principe sur lequel repose cette jurisprudence. Mais ce n'est pas à dire que toujours et nécessairement le salaire devra être payé à l'intermédiaire. Pour cela, il faut en outre qu'il ait accompli intégralement le mandat qui lui était confié. Nous sommes ainsi amenés à rechercher dans quels cas il y a, de la part de l'intermédiaire, exécution de son mandat suffisante pour lui donner droit au salaire stipulé.

C'est l'objet de notre deuxième section.

(1) Aubry et Rau, v. § 414, note 9 et textes.

(2) Paris 13 décembre 1894, D. 94, II, 445 et les renvois.

(3) Paris, 20 nov. 1894, D. 95, II. 445. Trib. com. Marseille, 18 fév. 1897, J. C. 88, p. 369.

SECTION II

DANS QUELS CAS LA RÉTRIBUTION DE L'INTERMÉDIAIRE LUI EST DUE

De quelles démarches l'intermédiaire doit-il justifier pour avoir droit à la rémunération à lui promise par le vendeur ? Cette question a soulevé des difficultés très délicates à résoudre.

Un premier point certain, c'est que le droit au salaire promis par le cédant n'est pas subordonné à l'accomplissement par l'intermédiaire des formalités qui suivent la vente du fonds de commerce (publications, réception des oppositions, etc.). Nous avons déjà dit que, dans cette seconde partie de son rôle, l'intermédiaire agit, non pas pour le vendeur, mais pour l'acquéreur. L'accomplissement de ces formalités ne rentre donc pas dans l'exécution du mandat qu'il a reçu du vendeur (1) ; pour que ce mandat soit complètement exécuté et que, par conséquent, l'intermédiaire puisse exiger que le cédant lui en paye le prix, il n'est pas nécessaire que les publications soient faites et les oppositions reçues. Le salaire peut être exigible auparavant.

Quelles sont donc les conditions de cette exigibilité ? Quand l'intermédiaire peut-il dire qu'il a fidèlement exécuté son mandat ? Pour répondre, il faut distinguer comme nous l'avons déjà fait dans la section précédente, selon que les parties se sont formellement ex-

(1) Ces formalités rentrent dans le mandat donné par l'acquéreur à l'intermédiaire, et leur accomplissement serait nécessaire pour que celui-ci ait droit au salaire promis par celui-là. Mais cela ne regarde pas les relations du vendeur et de l'intermédiaire.

pliquées sur ce point, ou selon qu'il n'a fait l'objet d'aucune convention expresse.

Quand il est intervenu entre le vendeur du fonds de commerce et l'intermédiaire une convention expresse pour déterminer d'une façon précise quelles sont les obligations de ce dernier, de quelle façon il doit remplir son mandat pour avoir droit au salaire, le juge doit s'en tenir à cette convention.

Par exemple il arrive souvent que les parties subordonnent l'exigibilité de la commission à la réalisation de la vente, et à cette réalisation par les soins de l'intermédiaire : dans ce cas, quand même celui-ci prendrait certains soins de l'affaire, organiserait une publicité par la voie de la presse, ferait des démarches pour trouver un acquéreur, il n'aurait pourtant droit à aucun salaire si la vente venait à manquer, ou à se faire en dehors de lui avec une autre personne.

Cette solution peut paraître rigoureuse, car elle laisse l'intermédiaire à découvert de ses frais et démarches ; mais elle nous semble pourtant s'imposer. C'est un aléa que l'acquéreur a dû prévoir. La convention fait la loi des parties. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé (1) que « l'agent d'affaires qui a stipulé pour rémunération de ses peines et soins, dans la négociation de la vente d'un fonds de commerce, une commission payable après la réalisation de l'affaire, ne peut prétendre dans le cas où cette réalisation n'a pas eu lieu, se faire rémunérer de ses démarches d'après les principes du mandat (art. 1986, 1999, c. civ.). Par suite, les juges ont pu, sur la seule preuve de la non réalisation de l'affaire, lui refuser toute rétribution. » Mais il peut se faire que les parties

(1) Cass., 15 déc. 1856, S. I. 57, 170.

aient omis de subordonner le paiement du salaire à la réalisation de la vente. Et alors on peut se demander si la solution doit être la même. Nous ne le croyons pas, et nous estimons que si l'intermédiaire, sans avoir été la cause effective de la vente du fonds de commerce, a cependant fait dans ce but des démarches et des déboursés, il peut au moins se faire indemniser de ses soins.

Deux autres opinions ont été émises sur ce point : pour les uns, dans le cas que nous étudions, l'intermédiaire aurait droit à la totalité du salaire, car, disent-ils, ce n'est pas sa faute si ses démarches n'ont pas abouti. Cette opinion nous paraît excessive car il est évidemment dans l'intention tacite des parties de subordonner le paiement intégral du salaire à l'accomplissement intégral aussi du mandat : or, celui-ci n'est pas complètement exécuté puisqu'il n'a pas complètement abouti à la réalisation de la vente. Pour d'autres, il faudrait refuser tout salaire à l'intermédiaire : la solution serait la même qu'en cas de convention expresse. Cet avis aussi est excessif. Le refus de tout salaire est en somme peu équitable ; il faut bien l'admettre quand les parties l'ont formellement voulu. Mais en l'absence d'une clause expresse, il convient au contraire d'appliquer ce principe général du mandat d'après lequel « les tribunaux sont autorisés à réduire le salaire stipulé lorsque, par suite de circonstances ultérieures et notamment d'une transaction conclue par le mandant sans le concours du mandataire, les démarches et les soins de ce dernier se sont trouvés amoindris (1) ».

Dans l'hypothèse que nous visons, l'intermédiaire

(1) Aubry et Rau, IV, § 414, p. 649.

aura donc droit, non pas à tout le salaire stipulé, mais au moins au remboursement de ses frais et démarches.

Cette solution paraît bien d'ailleurs être adoptée par la jurisprudence. Elle ressort avec une netteté particulière d'un jugement du tribunal de commerce, déjà ancien, mais que nous croyons pourtant utile de citer à cause de la précision de ses considérants (1) : « Attendu, y est-il dit, qu'il résulte des débats que s'il est vrai que les défendeurs aient promis à Planche (l'intermédiaire) une commission déterminée, dans le cas où celui-ci arriverait à leur faire vendre leur fonds de commerce, Planche ne justifie nullement qu'il ait présenté l'acquéreur auquel les défendeurs ont vendu ; que les conditions ont été arrêtées hors la présence de Planche *qui ne justifie d'aucune démarche ou d'aucun déboursé pouvant donner lieu à une indemnité...* » Donc, peut-on légitimement conclure *a contrario*, si l'intermédiaire avait justifié d'une démarche ou d'un déboursé pouvant être utile, le tribunal lui aurait accordé un certain salaire, nonobstant le défaut de réalisation de la vente par son intermédiaire. C'est l'opinion que nous avons soutenue. »

Quant à savoir quelles doivent être la nature et l'étendue de ces démarches pour que, même si elles n'aboutissent pas à la réalisation de la vente, elles donnent néanmoins le droit à l'intermédiaire de réclamer une certaine indemnité, c'est là un point laissé à l'appréciation des tribunaux. Ils rechercheront d'une part si ces démarches étaient de nature à rendre quelque service au mandant, et d'autre part quelle peine elles ont coûté à l'intermédiaire ; et ils fixeront le salaire

(1) Trib. com. Seine, 14 déc. 1860, J. C., 1860, n° 3437.

dû à celui-ci d'après ce double élément. Ainsi, il n'est rien dû à l'intermédiaire s'il s'est borné simplement à faire des annonces banales (1); mais il a droit à une indemnité s'il a fourni quelque renseignement susceptible de servir aux vendeurs (2).

Tels sont les cas où le cédant doit payer la commission promise. Mais, ce paiement effectué, ne peut-il pas arriver que des événements ultérieurs le rendent inefficace et donnent au cédant le droit de répéter la commission ou de la retenir s'il ne l'a pas encore payée ? Nous voulons parler du cas où la vente du fonds de commerce vient à être annulée ou résolue ; cette annulation ou cette résolution donneront-elles au vendeur le droit de se refuser au paiement du salaire promis à l'intermédiaire, ou, le cas échéant, d'agir contre lui en répétition de l'indû ? En principe, nous nous ne le croyons pas. L'intermédiaire a rempli tout son mandat. La vente une fois conclue, il a acquis sur la commission un droit définitif auquel il ne pourrait être porté atteinte que s'il était démontré qu'il a participé à la fraude du vendeur.

Nous sommes ainsi amené à parler des fraudes dont peut se rendre coupable l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce. Ces manœuvres frauduleuses peuvent être pratiquées par lui, soit d'accord avec le cédant vis-à-vis du cessionnaire, soit (et c'est le cas le plus fréquent) vis-à-vis du vendeur

(1) Com. Seine, 12 nov. 1857, J. C., 57, n° 2317.

(2) Paris, 19 juin 1862, J. C. n° 3986. Sur la question de savoir si la *seule indication du fonds à vendre*, fournie à l'acquéreur par l'intermédiaire, donne à celui-ci le droit de réclamer la commission promise, quand la vente a eu lieu sur une autre indication, voir Lèbre, *op. cit.* n° 181.

lui-même. Sur le premier cas, nous n'aurons pas à insister : le mandataire qui se rend complice de la fraude du cédant, s'expose à faire réduire sa commission, et même à se voir condamné à des dommages-intérêts vis-à-vis du cessionnaire, solidairement avec le cédant (1).

La seconde hypothèse nous retiendra plus longtemps, car, dans la pratique, il arrive trop souvent que des intermédiaires peu scrupuleux se livrent vis-à-vis du vendeur à des manœuvres déloyales et ils lui arrachent par la fraude la promesse d'une commission pour un service illusoire, ou du moins la promesse d'une commission absolument exagérée. Voici notamment un des procédés les plus usités, à Paris surtout dans ce but. Lorsqu'un commerçant désireux de vendre son fonds va trouver un de ces agents qui font profession de s'entremettre dans ce genre d'affaires, celui-ci lui fait signer un écrit, appelé bon de commission, ainsi rédigé : « Je soussigné m'engage à payer à M. X... la somme de... si je vends mon fonds par son entremise.... et, dans le cas où je disposerais de mon établissement autrement que par son entremise, je m'oblige à lui payer la somme de... à forfait pour le couvrir de ses frais de publicité, soins et démarches. » L'intermédiaire se contente alors de faire insérer un avis dans un journal quelconque d'annonces légales, par exemple dans les *Petites Affiches* et ne s'occupe plus de l'affaire. Puis le commerçant trouve par une autre voie à céder son fonds et la vente a lieu. L'intermédiaire invoque alors les termes du bon de commission et prétend se faire payer intégralement le dédit, parfois assez important, bien que les

(1) Paris, 10 février 1874. J. C. 23. 425.

frais exposés par lui sont insignifiants : il réclame par exemple le dédit de 300 francs alors qu'il s'est contenté d'une annonce dans les *Petites Affiches*, qui lui a coûté dix francs. Dans cette hypothèse, il nous semble que le vendeur est victime d'une véritable fraude. En réalité, la signature qu'il appose au bas du bon de commission, insidieusement rédigé, lui est extorquée par *dol* ; car il est évident que s'il a consenti au dédit de trois cents francs, c'était dans la prévision que l'intermédiaire s'occuperait sérieusement de son affaire, ferait de nombreuses démarches et ne se contenterait pas d'une publicité banale qu'il aurait aussi bien faite lui-même et dont le prix est d'ailleurs très minime. Dans les cas de ce genre, où l'on peut relever à la charge de l'intermédiaire une véritable fraude pratiquée à l'encontre du vendeur, il ne faut pas hésiter à faire application des principes généraux sur le *dol*. Si donc il s'agit d'un *dol principal*, *dolus dans causam contractui*, on annulera le contrat passé entre le cédant et l'intermédiaire et on refusera à celui-ci toute rémunération ; s'il ne s'agit au contraire que d'un *dol incident*, on se contentera de réduire le salaire stipulé (1).

(1) En ce sens : trib. com. Seine, 16 février 1885. J. C. 85, n° 40,812. — Une autre fraude plus caractérisée encore consiste à faire signer au vendeur un imprimé tout préparé dont les deux tiers sont remplis par la formule d'un bon de commission régulier et dont l'autre tiers, séparé des deux autres par une ligne pointillée, est laissé en blanc et affecte la forme rectangulaire d'un effet de commerce. Le vendeur, à la prière de l'intermédiaire, appose deux signatures sur l'imprimé ainsi préparé, dont l'une sur le rectangle du bas. Quelque temps après, l'intermédiaire détache ce rectangle et le transforme en un effet de commerce dûment signé du vendeur et que par conséquent, aux termes d'une jurisprudence constante, celui-

La réduction de la commission peut résulter d'une autre cause encore, à savoir d'une faute commise par l'intermédiaire dans l'exécution de son mandat. Les dommages-intérêts dont il pourra être tenu de ce chef vis-à-vis du vendeur se compenseront jusqu'à due concurrence avec le salaire promis par ce dernier et pourront même le dépasser. Mais comment l'intermédiaire peut-il, dans l'exécution de son mandat, encourir une responsabilité vis-à-vis du cédant ? Cela semble d'abord assez difficile à imaginer car, d'une part, dans la pratique, l'intermédiaire ne s'engage pas généralement à faire telle demande déterminée et reste libre de s'occuper de l'affaire aussi peu qu'il le veut (sauf bien entendu que dans ce cas il ne recevra pas de salaire), et d'autre part il a seulement pour mission de présenter l'acquéreur au vendeur, sans rien garantir à celui-ci. Il semble donc assez difficile de trouver des cas où la responsabilité de l'intermédiaire est engagée vis-à-vis du cédant. On peut imaginer cependant qu'il s'est entendu avec l'acquéreur pour tromper le vendeur ; ou bien encore qu'il a commis une faute dans la rédaction de l'acte de vente, ou dans sa publication. (Nous savons en effet que, dans ces deux opérations, l'intermédiaire peut être considéré comme agissant à la fois au nom du cédant

ci doit payer au tiers porteur de bonne foi, quand même ce serait un effet sans cause, quand même le mandataire n'aurait dans la réalité rien fait pour faciliter la vente du fonds. Dans ce cas, il y a une fraude caractérisée de la part de l'intermédiaire et par suite (art. 1382 c. civ.) le cédant qui a dû payer l'effet de commerce, aurait du moins son recours contre lui pour le montant de cet effet.

Pour plus de détails, voir Pélissier, *op. cit.* — Il serait désirable que les juges se montrent très sévères vis-à-vis de ces intermédiaires louches,

et au nom du cessionnaire; son rôle de mandataire exclusif du cessionnaire ne commence qu'avec la réception des oppositions).

La jurisprudence nous offre un exemple intéressant de ces hypothèses où l'intermédiaire est responsable à raison d'une faute commise dans l'accomplissement de ses fonctions. Elle a décidé que « l'agent d'affaires qui a servi d'intermédiaire pour la vente d'un fonds de commerce, doit, s'il a négligé de faire enregistrer l'acte de vente dressé par ses soins, dans les délais légaux, supporter le double droit auquel le défaut d'enregistrement a donné lieu (1) ».

Tels sont les cas où l'intermédiaire a droit à une rémunération et tel en est le quantum. Lorsqu'elle lui est due, ne jouit-il pas, pour en assurer le paiement, de certaines garanties, de certaines sûretés ?

Cette question doit faire l'objet de notre section III.

SECTION III

COMMENT L'INTERMÉDIAIRE PEUT-IL SE FAIRE PAYER LE SALAIRE
AUQUEL IL A DROIT ?
Y A-T-IL DES SÛRETÉS QUI EN GARANTISSENT LE PAIEMENT ?

Comme tout mandataire salarié, l'intermédiaire qui a exécuté son mandat dispose, pour obtenir le paiement de sa commission, d'une action en justice contre le vendeur. Grâce à elle, il se fait payer sans difficulté quand le cédant est solvable. Mais, s'il se trouve en face d'un insolvable, il aurait intérêt à pouvoir invo-

(1) Trib. com. Havre, 17 fév. 1897, *Rec. Harre*, 32, I. 1897. Dans le même sens : com. Seine, 14 août 1872, J. C., 21. 522. 16 décembre 1882, J. C., 32, 437.

quer un privilège. Et, comme cette insolvabilité du vendeur n'est pas très rare en pratique, il est intéressant de rechercher si la créance de salaire de l'intermédiaire n'est pas garantie par quelque sûreté.

Les uns ont prétendu qu'elle était munie d'un privilège, les autres qu'elle était garantie au moins par un droit de rétention. Or, dans notre législation, il n'y a pas de privilège sans texte. Il a donc fallu chercher des articles du code civil que l'on pût appliquer à notre hypothèse. Des auteurs ont invoqué l'article 657 du code de procédure civile aux termes duquel l'officier ministériel qui procède à une vente mobilière jouit, sur le prix de cette vente, d'un privilège pour le paiement de ses frais : ce raisonnement est évidemment inadmissible. Les privilèges sont de droit étroit, et la personne qui s'interpose dans la cession d'un fonds de commerce ne joue pas du tout le même rôle qu'un officier ministériel dans une vente mobilière. Du reste, les officiers ministériels sont soumis à la taxe : c'est une garantie dont ne jouit pas le commerçant qui, pour vendre son fonds, entre en relations avec des intermédiaires ; aussi comprend-on que la loi accorde aux premiers un privilège qu'elle refuse aux seconds (1).

A défaut de l'article 657 du code de procédure, on a cherché à rattacher le prétendu privilège des intermédiaires à l'article 2102, § 3, du code civil. D'après ce texte, le créancier qui fait des frais pour la conservation de la chose, jouit d'une créance privilégiée pour le remboursement de ces frais. Or, dit-on, lorsqu'un commerçant dont les affaires sont en souffrance

(1) Paris, 21 janvier 1895, *Le Droit*, 31 janvier 1895 et les renvois.

s'adresse à un agent d'affaires et que celui-ci parvient à vendre le fonds, ne conserve-t-il pas une valeur dans le patrimoine du débiteur ? Si cet agent n'était pas intervenu, le fonds serait resté entre les mains du vendeur, et comme ses affaires vont mal, aurait perdu une grande partie de sa valeur : en provoquant la vente du fonds à un moment propice, quand sa valeur était encore entière, l'intermédiaire a fait l'affaire de tous les créanciers du cédant et par conséquent il est juste, dit-on, que sa créance de salaire soit privilégiée vis-à-vis d'eux. En équité, le raisonnement qui précède peut être fondé ; seulement ceux qui s'y rallient nous paraissent oublier le principe que les privilèges sont de droit étroit et qu'on ne peut les étendre en dehors des termes de la loi. Or l'article 2102, § 3, parle de frais faits pour « *la conservation de la chose dans le patrimoine du débiteur* » ; et ici les frais faits par l'intermédiaire, ses démarches, ses frais de publicité, etc., ont pour but au contraire de vendre le fonds. Ils sont donc faits, non pas pour conserver la chose dans le patrimoine du cédant, mais bien pour l'en faire sortir. On est en dehors des termes de l'article 2102, § 3, et il est inexact, au point de vue juridique, d'invoquer ce texte pour justifier le prétendu privilège de l'intermédiaire. Aussi bien la jurisprudence est-elle fermement établie en ce sens (1).

A défaut d'un privilège, les intermédiaires ont allégué qu'ils avaient du moins un droit de rétention. Pour comprendre leur raisonnement, il est nécessaire

(1) Trib. com. Seine, 11 janvier 1896, *Journal des Faillites*, p. 453. Paris, 20 nov. 1888, *Journal des Faillites*, 89, p. 418.

tout d'abord de rappeler en quelques mots la théorie générale du droit de rétention. On discute pour savoir dans quel cas il existe. L'opinion dominante tient que le droit de rétention engendrant indirectement une cause de préférence, constitue un droit d'exception qui ne peut, comme le privilège, être accordé que dans les cas limitativement prévus par la loi (1).

Ici encore il a donc fallu chercher un texte sur lequel pût être assis le droit de rétention qu'on veut accorder à l'intermédiaire. On a cru trouver ce texte dans l'article 1948 du code civil aux termes duquel « le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison de celui-ci. » Voici comment on prétend appliquer ce texte à notre hypothèse : nous avons dit que, la vente du fonds une fois passée, l'intermédiaire reçoit le prix des mains de l'acquéreur ; il devient dépositaire du prix, il peut donc, dit-on, le retenir jusqu'à l'entier paiement des frais qu'il a faits en démarches, publicité, etc. L'argument est spécieux : nous reconnaissons que l'intermédiaire est dépositaire du prix, seulement nous contestons que la rémunération stipulée par lui rentre parmi les dépenses que l'article 1948 déclare privilégiées « comme faites à raison du dépôt. » Les dépenses visées dans ce membre de phrase sont celles que le dépositaire fait dans l'intérêt du déposant. Or ici, le déposant du prix est l'acquéreur ; et au contraire, les démarches, frais de publicité, etc., dont l'intermédiaire demande le paiement, ont été effectués, non pour l'acquéreur, mais pour le vendeur. Il ne s'agit donc pas de dépenses faites dans l'intérêt du

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, III, n^{os} 1053 et suiv.

déposant et par suite l'article 1948 est inapplicable (1). Il n'y a, pour garantir le paiement du salaire, pas plus de droit de rétention que de privilège (2).

De ce que l'intermédiaire ne jouit pour le paiement de son salaire d'aucun droit de préférence direct ou indirect, vis-à-vis des autres créanciers du vendeur, il résulte qu'en cas d'insolvabilité de ce dernier, il doit se contenter, comme tous les autres, d'un simple dividende, d'un tant pour cent fixé par une contribution amiable ou judiciaire (3).

Cette règle s'appliquerait notamment en cas de faillite du vendeur. Et même, dans cette hypothèse, les intérêts de l'intermédiaire sont encore plus menacés. D'ordinaire, quand il a reçu du vendeur le paiement de son salaire, il est, sauf le cas de fraude, à l'abri de tout recours. Il n'a pas à craindre que les tribunaux reviennent sur le paiement de sa commission et l'obligent à la rendre. Au contraire, en cas de faillite, ce paiement peut être attaqué, soit en vertu de l'art. 446 du code de commerce, soit en vertu de l'art. 447. Si la commission n'était due qu'à terme, et que le ven-

(1) Nous ne parlons, bien entendu, dans le texte, que du salaire promis par le vendeur. Mais nous savons que l'intermédiaire joue aussi, dans la seconde partie de ses fonctions, le rôle de mandataire de l'acquéreur. Si donc il s'agissait des dépenses effectuées pour l'exécution de cette seconde partie de son rôle, par exemple pour provoquer et recevoir les oppositions, comme ces dépenses sont bien faites dans l'intérêt du déposant du prix, c'est-à-dire de l'acquéreur, l'article 1948 s'appliquerait, l'intermédiaire aurait un droit de rétention sur le prix qu'il détient, jusqu'au paiement du salaire à lui promis par l'acquéreur.

(2) En ce sens : Paris, 3 nov. 1887, J. C., 1888, p. 369.

(3) Marseille, 18 juin 1896, *Rec. de Marseille*, 97, 2, 188.

deur l'eût payée avant terme, pendant la période suspecte, ce paiement serait nul *de plano* (art. 446 code com). Si la commission était échue, mais que le vendeur l'eût payée entre la date de la cessation des paiements et le jugement déclaratif, ce paiement serait alors annulable. Mais encore faut-il pour cela que l'intermédiaire ait connu l'état de cessation de paiements, et même dans ce cas, l'annulation est facultative pour le tribunal (1).

(1) Dans cette hypothèse où le paiement de la commission a été effectué avant le jugement déclaratif de la faillite du vendeur, les tribunaux se montrent très favorables à l'intermédiaire et refusent le plus souvent d'appliquer l'art. 447. Voir notamment Paris, 3 nov. 1887, J. C. 88, 369, qui maintient le paiement.

TITRE V

Juridiction compétente en matière de cession de fonds de commerce

Avant d'aborder cette étude, il est nécessaire de rappeler brièvement les principes essentiels qui gouvernent la compétence des juridictions consulaires. Nous n'aurons plus ensuite qu'à faire l'application de ces principes à la matière spéciale des fonds de commerce.

La recherche des règles générales de la compétence commerciale comporte l'examen de deux questions :

1° *De quelles affaires connaissent les tribunaux de commerce ?*

2° *Devant lequel d'entre eux faut-il porter une affaire déterminée ?*

La première question concerne, suivant l'expression de la majorité des auteurs, la compétence *absolute* ou *réelle* (*ratione materie*) ; la deuxième vise la compétence *relative* ou *personnelle* (*ratione personæ*).

I. — Les tribunaux de commerce connaissent, dans la plupart des cas, de certaines contestations à raison de la nature des actes sur lesquels elles portent ; leur compétence a un caractère réel, elle s'exerce indépendamment de la qualité des parties en cause.

L'art. 631 3^o du code de commerce pose nettement le principe que les tribunaux consulaires connaissent des contestations relatives aux actes de commerce ; c'est là l'objet principal de leur compétence. Mais ils sont compétents, qu'il s'agisse d'actes commerciaux par *eux-mêmes*, *ex re*, ou d'actes commerciaux à raison de la *qualité* de leurs auteurs, *ex persona* par application de la théorie de l'accessoire en vertu de laquelle on reconnaît le caractère commercial à des actes qui sont l'accessoire d'un commerce (1)

Mais parfois, la contestation portera sur un acte qui est à la fois civil et commercial, soit à raison de la nature des objets qu'il comprend, par exemple des meubles et un immeuble, soit à raison du caractère différent que l'acte litigieux présente à l'égard de chacune des parties contractantes.

Dans le premier cas, on s'accorde en général à résoudre la question en recherchant quel est le principal, le plus important de ces objets. Est-ce l'élément mobilier, la compétence commerciale devra prévaloir ; à l'inverse, il faudra porter le litige devant les tribunaux civils si l'objet immobilier est le plus important (2).

(1) Cass. 29 juin 1883, S. 85, 1, 182.

(2) En ce sens : Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, t. n^o 360. Trib. com. Seine, 9 juin 1832, J. C., 52, 262. Trib. com. Havre, 6 juillet 1880, J. C., 30, 231. *Revue critique de législation*, t. XXIV, p. 228, t. XXV, p. 359.

Au second cas, d'un acte constituant à la fois un acte de commerce pour l'une des parties et un acte civil pour l'autre, la résolution de la question de compétence ne va pas sans difficulté.

C'est qu'en effet il n'y a pas de texte formel reconnaissant la compétence exclusive soit du tribunal civil, soit du tribunal de commerce : d'où divergences d'opinions.

La compétence se détermine par le caractère que l'acte présente vis-à-vis du défendeur, dit un premier système ; selon que l'acte litigieux est civil ou commercial pour le défendeur, il ressortira du tribunal civil ou du tribunal consulaire (1).

N'est-ce pas à cette solution que conduisent les principes généraux ? N'est-ce pas généralement au point de vue du défendeur qu'on se place pour déterminer quel tribunal est compétent ? (2).

Nous reconnaissons bien, dit une seconde opinion, que la personne au regard de laquelle l'acte a le caractère purement civil, ne peut pas être actionnée devant un tribunal autre que celui de droit commun, le tribunal civil ; mais cette partie a la faculté de citer son adversaire pour qui l'opération est commerciale, non seulement devant le tribunal de commerce, mais encore devant le tribunal civil. Car, dit-on, la partie qui a fait par rapport à elle une opération civile, ne doit pas être obligée à plaider devant une juridiction d'exception et être exposée ainsi à subir l'application d'usages commerciaux qu'elle peut parfaitement ignorer.

(1) V. Glasson, *Revue critique de législation*, 1882, p. 245.
— Aix, 15 janvier 1884, D. 85, I. 49 et la note.

(2) *Sic.* : Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*, I. n° 361.

Telle est spécialement l'opinion de la jurisprudence française (1).

Les raisons qu'elle invoque à l'appui de son système ne nous paraissent pas de nature à ébranler celui que nous avons exposé en premier lieu et auquel nous nous rallions. Pourquoi désirer donner à une partie plutôt qu'à l'autre ses juges naturels ? Et les usages commerciaux ne doivent-ils pas recevoir leur application indépendamment de la juridiction saisie du litige ?

II. Après avoir examiné les cas dont connaissent les tribunaux de commerce, il nous reste à dire quelques mots du tribunal spécialement compétent pour trancher telle affaire déterminée. C'est la question de compétence *ratione personæ*, suivant l'expression généralement admise.

A ce sujet, l'art. 420 du code de procédure civile dispose que « le demandeur pourra assigner à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur ; devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ; devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué ».

Compétence peut donc être attribuée à trois tribunaux d'après cet article :

a) Au tribunal du domicile du défendeur ; c'est alors une application pure et simple du droit commun, *actor sequitur forum rei* (art. 59 c. proc. civ.).

b) Au tribunal du lieu où le contrat a été conclu, à

(1) Cass. 11 janvier 1869, S. 69, I. 13. — Paris, 21 juillet 1873, S. 73, I. 446. — Cass. 30 juillet 1884, D. 86, I. 193 ; S. 85, I. 77. — Limoges, 3 mars 1885, S. 85, 2, 150. — *Contra* : Jurisprudence belge et loi belge du 25 mars 1876, art. 13.

condition que les marchandises aient été livrées dans le ressort de ce même tribunal.

c) Au tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué, en vertu de la convention des parties, ou, dans son silence sur ce point, en se conformant à l'art. 1247 du code civil.

Il appartient au demandeur de saisir l'un de ces trois tribunaux ; il ne pourrait revenir sur son option qu'en se désistant de son action.

L'étude que nous venons de faire et de la compétence *réelle* et de la compétence *personnelle* des tribunaux de commerce, trouve d'elle-même pour ainsi dire, son application aux cessions de fonds de commerce.

En effet, de ce qu'elles sont en général considérées comme constituant des actes de commerce, tant de la part du vendeur que de l'acheteur, il résulte que les contestations relatives à la vente d'un fonds sont en principe de la compétence des juges consulaires (1).

Toutefois, il se peut que la cession d'un fonds de commerce soit, pour chacune des parties contractantes un acte *civil* : tel par exemple le cas où des héritiers non-commerçants vendent le fonds laissé par le défunt à une personne qui l'achète dans le but d'y faire des expériences scientifiques. L'opération constitue alors pour le cédant comme pour le cessionnaire, un acte purement civil, et la connaissance des contestations qu'elle peut soulever appartient sans nul doute aux tribunaux civils.

(1) Cass. 30 juillet 1884, D. 86, I. 193. — Limoges, 3 mars 1885, S. 85. II. 150 et Dijon, 16 mai 1859, D. 59, 5. 9. — Paris, 22 mars 1866, J. C. 9. 375. — Seine, 8 décembre 1883, *Gazette des tribunaux*, 9 janvier 1884.

Enfin il peut arriver que la cession du fonds soit commerciale à l'égard d'une des parties et civile à l'égard de l'autre. La vente rentre alors parmi les actes *mixtes*. Nous savons quelles controverses ils ont soulevées. Si on se rallie à la jurisprudence française sur ce point, on doit, tout en admettant que la partie pour laquelle la vente du fonds a le caractère civil ne peut être actionnée que devant le tribunal civil, lui reconnaître néanmoins le droit d'appeler son adversaire pour qui la cession du fonds a un caractère commercial, devant la juridiction de son choix, civile ou commerciale.

Quant à nous, on sait que nous n'admettons pas cette solution qui aboutit à priver le défendeur, pour qui l'acte est commercial, de ses juges naturels quand le demandeur l'appelle devant la juridiction civile.

Nous estimons que la compétence doit toujours se déterminer d'après la nature juridique de l'acte accompli par la personne actionnée en justice : par conséquent, la juridiction compétente sera la juridiction consulaire ou la juridiction civile, selon que le défendeur aura ou non fait acte de commerce dans la vente du fonds.

Telles sont les règles de la compétence *ratione materiæ*. Quant à celles de la compétence *ratione personæ*, elles ne donnent lieu, en cette matière, à aucune difficulté d'application et il suffit de renvoyer aux principes généraux précédemment exposés : il conviendrait notamment, le cas échéant, de faire application de l'article 420 du code de procédure civile (1).

(1) Cass. 24 avril 1861. S., 61, I. 624. 21 juillet 1873, S. 73, I. 447.

Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du tribunal compétent pour statuer sur les difficultés qui s'élèvent entre le vendeur et l'acheteur du fonds de commerce. Mais la cession d'un fonds met très généralement en scène un troisième personnage : l'intermédiaire. Des contestations surgissent fréquemment entre lui et le cédant pour le règlement de la commission promise par celui-ci : quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les procès de ce genre ? Il faut admettre sans hésitation la compétence des tribunaux consulaires : deux arguments l'imposent. D'abord, aux termes de l'art. 631, § 1^{er} du code de commerce « les tribunaux de commerce connaîtront : 1^o des contestations, engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ». Or, presque toujours le vendeur du fonds est négociant, et très généralement l'intermédiaire auquel il s'adresse a la même qualité ; c'est un de ces professionnels que la jurisprudence assimile à un agent d'affaires et qui, en tous cas, est certainement commerçant. Les difficultés qui s'élèvent entre lui et le vendeur au sujet du salaire promis sont donc bien « des contestations relatives à un engagement entre négociants » et par conséquent ressortissent, par application de l'art. 631, § 1 du code de commerce, de la juridiction consulaire. D'ailleurs, alors même que l'intermédiaire ne serait pas un professionnel et qu'il n'aurait point la qualité de commerçant, les tribunaux de commerce demeureraient néanmoins compétents, non plus sans doute par application du 1^{er} § de l'article 631, mais par application du § 3 du même texte. Ce dernier déclare en effet que « les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ». Or, la convention qui intervient entre l'in-

termédiaire et le vendeur, et dont l'exécution donne lieu par hypothèse à des débats judiciaires, est bien un acte de commerce : c'est, nous l'avons admis, un mandat commercial (1). Commercial pour le vendeur parce qu'il se réfère à l'exercice de son commerce, et commercial pour le mandataire parce qu'il a pour objet un acte de commerce, la vente du fonds. Il y a donc lieu d'appliquer ici l'article 631, § 3. De toute manière, compétence appartient à la juridiction commerciale (2).

Les solutions qui précèdent supposent qu'aucune convention spéciale n'est intervenue entre les parties au sujet de la compétence (3). Mais s'il existait une convention de ce genre, expresse ou tacite, il faudrait

(1) Cass. 24 avril 1861, S. 61, I. 624, 21 juillet 1873, S. 73, I. 447.

(2) *En ce sens* : Cass. 15 déc. 1856, J. C., C., 213. Paris, 25 juin 1859, D. 59, 5, 10. — 7 février 1870, S. 7, I. 2, 149. D. 71, 2, 43. « Le mandat pour des actes de commerce a un caractère commercial et par suite, les actions qui en dérivent sont de la compétence des juges consulaires » ; Dijon, 23 déc. 1891, D. 92, II, 72.

Contra : Paris, 5 mai 1852, J. C., I, 220. 18 juillet 1857, D., 57, 2, 152.

(3) Par exemple, il a été décidé que « lorsque dans un acte de vente de fonds de commerce, il a été convenu que l'acquéreur verserait au vendeur une somme déterminée pour le remboursement des loyers d'avance, toute contestation relative à ces loyers n'étant que l'accessoire indispensable du contrat de vente essentiellement commercial, est de la compétence des tribunaux consulaires.

Spécialement, le tribunal de commerce est compétent pour connaître de la demande formée par l'acquéreur contre son vendeur en restitution des loyers impayés par ce dernier au propriétaire et que l'acquéreur est obligé de payer à nouveau. »

(*Journ. des trib. de com.*, 1896, v° *fonds de com.*)

en tenir compte. Ainsi « les parties peuvent d'un commun accord, dans un contrat se référant à une affaire commerciale, faire attribution de juridiction au tribunal civil en cas de contestation (1) ; mais le tribunal civil saisi doit juger d'après les règles commerciales, la cause ne perdant pas son caractère commercial par suite de cette attribution de juridiction (2) ».

(1) Paris, 17 nov. 1857, J. C., 7, 36.

(2) Orléans, 25 juin 1858, S. 61, 2, 13.

TITRE VI

De l'enregistrement des cessions de fonds de commerce

Cette question présente un intérêt pratique capital et si évident qu'il est inutile d'y insister. Elle n'est pas non plus indifférente au point de vue théorique : outre, en effet, qu'elle nous fait assister à une évolution législative intéressante à suivre, elle soulève aussi, comme d'ailleurs un grand nombre de questions d'enregistrement, des difficultés dont la solution exige une analyse juridique précise et parfois très délicate.

Nous décrirons d'abord dans une *première section* cette évolution législative dont le terme a été la loi du 28 février 1872, qui forme aujourd'hui le texte fondamental de la matière.

Puis, nous donnerons le commentaire rapide de cette loi ; et, pour plus de clarté, nous le diviserons en deux autres sections :

Deuxième section. — Quel est le taux du droit perçu, et à quels actes s'applique la loi de 1872 ?

Troisième section. — Quels sont les délais accordés pour l'enregistrement des cessions, et quelles sont les pénalités encourues en cas de violation de la loi de 1872 ?

SECTION I

LA LOI DU 22 FRIMAIRE AN VII ; SES LACUNES ; COMMENT ELLES
FURENT COMBLÉES PAR LA LOI DU 28 FÉVRIER 1872

Sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII, le taux des droits d'enregistrement dont étaient passibles les cessions de fonds de commerce différait suivant les éléments auxquels il s'appliquait. En vertu de l'article 69, § 5, n° 1 de cette loi, la portion du prix afférente aux marchandises était soumise au droit d'acte de 2 0/0 établi sur les ventes de meubles. — Pour la cession du droit au bail, le droit était de 0 fr. 20 0/0. Mais quant à la portion du prix afférente à l'achalandage, on n'était pas d'accord sur le taux du droit qui l'atteignait. Devait-elle être soumise à ce même droit de 0 fr. 20 ou, au contraire, était-elle passible du droit de 1 0/0 admis pour les cessions de créances ?

Chacune de ces deux opinions avaient rallié des partisans (1). Il importait de faire cesser cette controverse et de combler cette lacune de la loi de frimaire, d'autant plus regrettable que l'élément sur lequel elle était muette représentait le plus souvent l'élément principal du fonds : l'achalandage.

Le besoin de compléter la loi de frimaire an VII se

(1) Voir Demante : *Principes de l'enregistrement*, 4^e édition, II, 769.

faisait encore sentir relativement aux conventions verbales :

D'après son article 69, § 3, n° 1 et § 5, n° 1, elle ne soumettait au droit de 2 0/0 que les conventions dont il avait été dressé un écrit, et encore, pour que le paiement de ces droits d'acte fût obligatoire, fallait-il que l'écrit fût produit en justice ou mentionné dans un acte authentique. Mais, dans ces conditions, les droits étaient excessifs : aussi, pour éviter de les acquitter, éludait-on la formalité de l'enregistrement et cela d'autant plus facilement qu'on admet qu'en matière commerciale, les actes sous-seing privé font foi de leur date, même à l'égard des tiers, sans qu'ils aient été enregistrés (1).

Il résultait de cette pratique un grave préjudice pour le fisc. Il y fut porté remède par la loi des 11 et 17 juin 1859 ; elle édicte en effet, dans son article 22, des dispositions qui peuvent être ainsi résumées :

1° Les actes sous signatures privées constatant des ventes commerciales, donc les cessions de fonds, sont passibles d'un droit *fixe* élevé de 2 à 3 fr. par la loi du 19 février 1874 (art. 2).

2° Un droit *proportionnel* peut en outre être perçu, mais seulement au cas où un jugement est intervenu, et il ne porte que sur le montant de la condamnation.

En 1872, la loi du 28 février vint modifier encore la législation sur ce point : elle a posé des règles nouvelles au point de vue de la quotité du droit et de sa nature en le transformant de droit d'acte en droit de *mutation*. — Ce sont ces règles nouvelles qu'il con-

(1) *Contra*, en matière civile : art. 1328 code civil.

vient maintenant d'étudier en suivant l'ordre que nous avons indiqué.

SECTION II

QUEL EST LE TAUX DU DROIT ÉTABLI PAR LA LOI DE 1872 ET A QUELS ACTES ELLE S'APPLIQUE

La loi de 1872 maintient le tarif de 2 0/0 établi par la loi de frimaire an VII pour les ventes mobilières. Mais, à la différence de la pratique antérieurement reçue, elle décide que ce droit sera perçu, non seulement sur le prix des marchandises et objets mobiliers servant à l'exploitation, mais encore sur le prix de l'achalandage, et même sur le prix de la cession du droit au bail. Tel est du moins le principe posé par l'article 7 de la loi du 28 février 1872. Mais quant aux marchandises *neuves*, il ajoute immédiatement : « Ces marchandises ne seront assujéties qu'à un droit de 0 fr. 50 0/0, à condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article dans le contrat ou dans la déclaration. »

La perception du nouveau droit sur le prix de l'achalandage n'a pas soulevé de difficultés ; mais il n'en est pas de même de son application aux deux autres éléments qui composent le fonds, c'est-à-dire à la cession du droit au bail et à la vente des marchandises en magasin. Chacun de ces points appelle quelques explications.

D'abord il faut remarquer que toute cession de bail à titre onéreux peut donner lieu à un double droit d'enregistrement : un droit de 0 fr. 20 0/0 sur le prix totalisé des années de loyer qui ne sont pas encore

échues et que le sous-locataire payera au bailleur au fur et à mesure de leur échéance ; et, en outre, si le locataire principal a stipulé, outre ces loyers à échoir, un véritable prix de cession de bail à verser entre ses mains par le sous-locataire, un autre droit de 0 fr. 20 p. 100 aussi sur ce prix de cession. Cela posé, il ne faut pas croire que lorsqu'il s'agit d'une cession de bail comprise dans la vente d'un fonds de commerce, les deux droits de 0 fr. 20 0/0 dont nous venons de parler soient remplacés tous deux par un droit de 2 0/0. Point du tout ; sur la somme totalisée des loyers à échoir, on ne paie toujours que le droit de 0 fr. 20 0/0 ; et celui de 2 0/0 n'est dû que sur le prix véritable de la cession, prix qui peut consister d'ailleurs dans une somme unique ou dans une série d'annuités, dans la somme des différences entre le loyer dû au propriétaire par le locataire principal et le loyer dû à celui-ci par le sous-locataire.

Prenons un exemple : si, dans une cession de fonds de commerce, le bail d'un local loué pour 6,000 francs par an est cédé moyennant 7,000 francs et qu'il reste dix ans à courir, le droit de 2 0/0 ne sera perçu que sur la différence annuelle, c'est-à-dire 1,000 francs, multipliée par le nombre d'années qui restent à courir, dix ans dans l'espèce, ou 10,000 francs. Et le droit de 0 fr. 20 sera dû sur $6,000 \times 10 = 60,000$ (1).

Pourquoi cette distinction entre le prix véritable de la cession et la somme des loyers à échoir ? Distinction d'autant plus singulière que la loi ne la fait point

(1) V. *Journ. off.*, 28 février 1872, p. 1419, Chambre des députés, discours de M. Lenoël.

Trib. comm. Seine, 2 mars 1883, 23 février 1884 ; *Gaz. Trib.*, 7, 8 avril 1884.

quand il s'agit d'une cession de bail isolé, non comprise dans un fonds de commerce ? Peut-être peut-on l'expliquer en disant que la cession de bail est le remplacement d'un locataire par un autre, tandis que la cession du droit au bail a tous les caractères d'une vente et c'est sur son prix que se percevra le droit de 2 0/0. Mais ne faut-il pas voir là surtout un moyen employé par le législateur de prévenir la fraude de contractants qui, si la cession du droit au bail n'avait été soumise qu'à un tarif de 0 fr. 20, au lieu de 2 0/0, auraient pu déclarer comme afférentes à la cession de ce droit des sommes effectivement représentatives du prix des autres éléments du fonds. Mais l'augmentation de loyer subissant le droit de 2 0/0, il nous semblerait tout à fait inique de la soumettre en même temps au droit de 0 fr. 20, car on ne peut pour le même objet percevoir deux droits différents (1).

Quant aux *marchandises neuves* comprises dans la cession du fonds, la loi organise pour elles un régime de faveur en abaissant le tarif applicable à 0 fr. 50 0/0. En accordant cet abaissement, la loi du 28 février 1872 n'a fait d'ailleurs qu'étendre la disposition de l'art. 74 de la loi du 13 mai 1818. Mais, pour que les parties profitent de cette diminution du droit à 0 fr. 50 0/0, il faut que deux conditions soient remplies :

1° Qu'il soit stipulé dans l'acte un prix spécial pour les marchandises neuves ; 2° qu'elles soient désignées article par article dans le contrat ou dans la déclara-

(1) *Dict. enreg.*, V° *fonds de commerce*, n° 30. Demante *op. cit.*, II, n° 769, § 20. *Contra*, Garnier, v° *mutations*, n° 712. Naquet, *Inst. reg.*, I, n° 256 et 233.

tion. Sinon le droit de 2 0/0 est perçu sur la totalité du prix.

Ces deux conditions sont nécessaires : toutefois, il faut les interpréter plutôt d'après l'esprit de la loi que d'après sa lettre. Ainsi, il est évident que la détermination d'un prix distinct peut être suppléée par l'évaluation distincte donnée aux marchandises, si cette évaluation est faite de manière à écarter toute confusion (1). De même la désignation et l'évaluation des marchandises neuves peuvent être faites dans un acte distinct de l'acte de vente pourvu que cette pièce soit présentée en même temps que celui-ci à l'enregistrement (2).

Toute cette réglementation ne s'applique qu'aux « marchandises neuves ». Par là, il faut entendre tout ce qui fait l'objet du commerce et, par conséquent, même les marchandises vieilles si le commerce s'exerce sur de telles marchandises, si par exemple il s'agit d'un marchand de soldes (3). Mais ces expressions ne comprennent pas le matériel d'exploitation : celui-ci reste soumis au droit de 2 0/0.

Cela résulte d'ailleurs expressément de l'article 7 de la loi de 1872 qui nous dit que le droit de 2 0/0 est perçu sur le prix « des *objets mobiliers ou autres*,

(1) Trib. civ. Mayenne, 13 nov. 1889, *Rép. pér. d'enregistr.*, art. 7377.

(2) Labori, *Répertoire*, v° *Enregistrement*, n° 1745, etc...

(3) On discute pour savoir si les matières premières peuvent être considérées comme des marchandises neuves. Nous le croyons, et nous ne les soumettrions qu'au droit de 0 fr. 50 0/0. En ce sens : *Dict. enreg.*, v° *marchandises*, n° 39. Lèbre, p. 302. *Contra* : Trib. civ. Compiègne, 30 janvier 1878, *Journ. not.*, 1878, art. 21863.

servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves... » Quelques difficultés se sont élevées pour déterminer le sens de ces mots assez vagues « objets mobiliers *ou autres*... » On s'accorde assez unanimement pour reconnaître que le législateur a ainsi voulu soumettre à la perception du droit de 20/0 tous les objets que peut comprendre le matériel d'exploitation du fonds, même ceux qui auraient le caractère d'immeubles par destination s'ils avaient été placés par le propriétaire pour le service ou dans l'intérêt de son fonds (art. 524 c. civ.). Par exemple, le matériel est vendu par le locataire d'un immeuble, lequel ne peut céder que son droit au bail : il n'y a aucune difficulté, car les objets mobiliers, même s'ils adhèrent au bâtiment, restent meubles lorsqu'ils n'y ont pas été placés par le propriétaire.

Autre exemple : le matériel d'une usine n'a pas le caractère d'immeuble par destination quand il est placé sur un fonds appartenant à un tiers et non à celui qui l'exploite. Le propriétaire du fonds peut seul communiquer le caractère immobilier aux meubles qu'il y a placés dans certaines conditions et ce caractère disparaît nécessairement du moment que la propriété du fonds et celle du meuble immobilisé ne résident plus dans les mêmes mains. Le meuble cessant ainsi d'être immobilisé par le fait même de la transmission distincte et séparée qu'en fait le propriétaire du fonds, l'acte qui opère cette transmission ne peut constituer qu'une aliénation mobilière soumise par l'art. 69, § 5, n° 1 de la loi de frimaire an VII, au droit proportionnel de 2 % (1).

De même les marques comprises dans le fonds

(1) En ce sens : Cassation, 27 juin 1882, D. 83, 1. 169.

cédé sont passibles du droit de 2 %. Et c'est aussi ce droit qui frappe la cession d'un brevet ; elle doit être constatée par un acte authentique et elle ne devient parfaite, du moins à l'égard des tiers, qu'après l'acquiescement du droit auquel elle est soumise.

Tel est le taux des droits auxquels la loi du 28 février 1872 soumet la cession des fonds de commerce. Mais *quels sont exactement les actes que cette loi atteint ?*

Il est bien évident tout d'abord qu'elle est étrangère aux transactions qui ne portent pas sur un fonds de commerce véritable, composé par la réunion des divers éléments que nous avons énumérés, mais qui portent seulement sur un de ces éléments. Ainsi, aux termes d'un jugement du tribunal de Châteaudun du 26 février 1875, le camionneur d'un chemin de fer n'a pas de clientèle, il loue ses services à la compagnie ; il n'a dès lors pas de fonds de commerce, l'achalandage en étant l'élément essentiel, et la cession du matériel de son entreprise est exempte de l'impôt. — Mais s'il s'agissait d'un *correspondant* du chemin de fer, non pas d'un simple employé de la compagnie, mais d'un individu ayant une entreprise indépendante et distincte, il faudrait le déclarer propriétaire d'un fonds de commerce véritable ; et, le cas échéant, il tomberait sous le coup de la loi de 1872 (1). Il y a là une question d'appréciation que trancheront les juges du fait.

(1) Voir dans ce sens un jugement du tribunal de la Seine du 1^{er} juin 1877 confirmé par un arrêt de la cour de cassation du 6 juillet 1880, décidant que le droit de 2 % auquel sont soumises les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèles est applicable à la transmission de la clientèle d'un établissement thermal.

Les cessions relatives à la jouissance seulement du fonds ne sont pas non plus atteintes par cette loi qui ne statue qu'à l'égard des mutations en propriété : ainsi les locations de fonds de commerce lui échapperaient.

Et même, parmi les mutations de propriétés, elle ne vise que celles qui se font amiablement. Si la cession est faite après faillite par les syndics, ou après mise en liquidation judiciaire, la loi du 23 mai 1834 (art. 12) reprend seule son empire pour soumettre ces ventes au droit de 0.50 % (1).

La doctrine admet presque sans dissidence que la loi de 1872 exclut aussi de ses dispositions les cessions à titre *gratuit* de fonds de commerce (2) : l'art. 7 n'y fait pas la moindre allusion en fixant la quotité du droit pour les cessions à titre onéreux. Les prétentions du fisc sur les mutations à titre gratuit ont cependant été accueillies quelquefois par de rares tribunaux ; mais la cour de cassation (3) les a nettement rejetées en décidant que les articles 7, 8 et 9 de la loi de 1872 qui assujettissent à l'enregistrement dans un délai déterminé les mutations de propriété de fonds de commerce, ne s'appliquent qu'aux cessions de ces valeurs qui sont consenties à titre onéreux et ne peuvent être étendues aux transmissions qui ont lieu à titre gratuit.

(1) Trib. Lorient, *le Droit*, du 9 août 1878. — Avranches, 3 mars 1842, D. 42, III, 388.

(2) V. en ce sens : Lyon Caën et Renault, *op. cit.*, III, v° *Enregistrement*. — Gallois, *Droit de timbre et d'enregistrement*. — Lèbre, *op. cit.*, article *Enregistrement*. — *Contra* : Demante, *Princ. de l'enreg.*, p. 513.

(3) Cass. 2 août 1886, D. 86, I. 448.

Le rapprochement de l'article 7 et de l'article 8 nous semble de plus imposer cette interprétation puisque l'accomplissement des diverses prescriptions édictées par ce dernier article 8, n'est possible qu'autant qu'il s'agit de cessions à titre onéreux,

Cependant, malgré les termes non équivoques dans lesquels est conçu l'art. 7 (1), on a essayé de prétendre que les mutations à titre *gratuit* étaient, comme les mutations à titre onéreux, soumises au régime de la perception obligatoire, organisée par les articles 7, 8 et 9. Ces deux derniers, dit-on, ne font plus la même précision et parlent en général de la mutation de propriété des fonds de commerce. La solution contraire ouvre la porte à la fraude. Tout acquéreur pourra se dire donataire et la preuve de la fraude incombant à l'administration, sera souvent difficile. — Il est facile de répondre que l'article de principe fondamental, est l'article 7 où le législateur ne parle que « des mutations de propriété à titre onéreux... » Quant aux dissimulations de cessions de fonds de commerce sous la forme de donations, nous verrons que la régie a le moyen de les découvrir et de les réprimer. Enfin nous sommes très frappé par cet argument invoqué par M. Mérot (2) : tandis qu'il s'agit ici d'un droit qui ne varie pas avec le degré de parenté des contractants, au contraire « le tarif du droit à percevoir sur les mutations à titre gratuit, c'est-à-dire par donations entre vifs ou pour celles qui s'effectuent par décès, est basé en raison du degré de parenté entre les donateurs et les donataires ou entre le défunt et les héritiers. »

(1) Demante, *op. cit.*, II. 769.

(2) Mérot, *Commentaire* de la loi du 24 février 1872.

C'est donc bien qu'il n'est point question ici d'un droit atteignant les cessions de fonds de commerce à titre gratuit ; la loi de 1872 leur est étrangère. Sauf bien entendu le droit pour la régie d'établir que l'opération qui se cache sous la forme d'un acte à titre gratuit, est en réalité une cession à titre onéreux. Dans ce cas, les parties encourront une amende. — Nous sommes ainsi amené à parler des sanctions de la loi de 1872.

SECTION III

DÉLAIS D'ENREGISTREMENT ET PÉNALITÉS EN CAS DE CONTRAVENTIONS A LA LOI DE 1872

L'idée générale dont s'inspire, sur ce point, la loi de 1872, est l'assimilation des ventes de fonds de commerce aux ventes immobilières. Aussi l'article 8 de cette loi déclare-t-il applicable aux ventes de fonds les §§ 1, 2 et 3 de l'article 14 et les articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871 édictés en vue de réprimer la fraude dans les ventes d'immeubles ; et la réglementation de la loi de 1872 rappelle-t-elle beaucoup les dispositions de celle de 1871. Elle peut se résumer, dans son économie générale, de la manière suivante :

1^o Enregistrement obligatoire des actes sous seings privés portant cession de fonds de commerce, dans les trois mois de leur date (art. 8 de la loi de 1872).

2^o Déclaration des parties pour les mutations verbales dans les trois mois de l'entrée en possession.

3^o Peines édictées soit à défaut d'enregistrement ou de déclarations dans le délai, soit à raison des dissimulations de prix.

4° Expertise pour la constatation des insuffisances de prix.

5° Recherche des mutations secrètes.

Nous allons reprendre ces différents points en parlant successivement du délai d'enregistrement et de sa sanction, des dissimulations et des insuffisances de prix, et des mutations secrètes.

Aux termes de l'article 8 de la loi du 28 février 1872, les ventes de fonds de commerce doivent être enregistrées dans les trois mois de la rédaction de l'acte. Les ventes verbales sont sujettes aussi au droit de 20/0 ; avant la loi de 1872, elles échappaient à toute perception fiscale, car les lois antérieures n'édictaient qu'un droit d'acte, non susceptible d'être recouvré lorsque les parties se contentaient d'une convention verbale. Mais la loi de 1872 a fait du droit de 20/0 un droit de mutation, recouvrable par conséquent, même sur les ventes verbales. Elles doivent être déclarées au bureau de l'enregistrement de la situation du fonds dans les trois mois de l'entrée en possession (art. 8, loi 1872, 2^e §).

Les actes sous signatures privées présentés et les déclarations faites après les délais fixés par l'article 8 de la loi de 1872, sont passibles, conformément aux dispositions des §§ 1, 2 et 3 de l'article 14 de la loi du 23 août 1871, de deux droits en sus qui ne peuvent être inférieurs à 50 francs chacun (62 fr. 50 avec le double décime et demi), l'un à la charge du nouveau possesseur, et l'autre à la charge du vendeur. Ils en sont tenus personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire.

L'ancien possesseur peut s'affranchir du droit en sus qui lui est personnellement imposé, ainsi que du versement immédiat des droits simples, en déposant

dans un bureau d'enregistrement l'acte constatant la mutation, ou, à défaut d'acte, en faisant les déclarations prescrites dans le quatrième mois.

Outre le défaut d'enregistrement dans les délais, la vente d'un fonds de commerce peut donner lieu à d'autres infractions à la loi fiscale. Ainsi les parties cherchent parfois à dissimuler au fisc une partie du prix réellement stipulé. Dans ce cas, l'administration peut (art. 8 de la loi de 1872), pour faire constater la dissimulation du prix, introduire l'action en justice autorisée par les articles 13 de la loi du 23 août 1871 et 8 de la loi du 20 février 1872.

La dissimulation de prix peut être établie par tous moyens de preuves admis par le droit commun : la preuve testimoniale pendant dix ans, l'avou, l'enquête, l'interrogatoire, la comparution des parties, la représentation des livres de commerce pendant trente ans, le serment décisoire excepté. — Elle est punie en principe d'une amende égale au quart de la somme dissimulée.

Lorsqu'une dissimulation est découverte dans les trois mois de la date de l'acte, il est dû le droit simple et l'amende du quart. Après les trois mois et pendant les neuf mois qui suivent pour compléter l'année, il est dû le droit simple, le droit en sus et l'amende du quart. Après l'expiration d'une année et pendant trente ans, il est dû le droit simple et l'amende du quart ; le droit en sus est atteint par la prescription. Le vendeur et l'acquéreur sont solidaires pour le paiement de l'amende du quart, sauf à la répartir entre eux par parts égales. Mais cette amende étant une peine personnelle, on ne peut pas, en cas de décès de l'un des contrevenants, poursuivre contre le survivant la portion à la charge du prédécédé.

Avec la dissimulation, il ne faut pas confondre l'insuffisance du prix de vente.

Ces deux cas diffèrent en ce que, dans le premier, les parties conviennent en réalité d'un prix supérieur à celui qui est déclaré au fisc, tandis que dans le second, le prix de vente est sincèrement exprimé, mais est inférieur à la valeur vénale réelle du fonds de commerce. C'est la même différence qui sépare les donations déguisées d'avec les donations simplement indirectes.

En cas d'insuffisance du prix de vente d'un fonds de commerce, l'art. 8 de la loi de 1872 dispose qu'elle peut être constatée par expertise dans les trois mois de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration de la mutation.

Dans les expertises faites en conformité de la loi sur l'enregistrement, le tribunal est tenu de suivre l'avis des experts. Le tribunal qui annule les rapports des experts comme défectueux ou insuffisants, doit ordonner une seconde expertise. L'annulation remettant les choses en l'état, la seconde opération doit, comme la première, être suivie dans la forme prévue par la loi de frimaire an VII. Mais il n'appartient pas au tribunal de désigner de nouveaux experts : ce droit est réservé aux parties.

Lorsque les experts constatent l'insuffisance du prix, il est dû un droit simple sur le montant de cette insuffisance, et si celle-ci excède un huitième, il est perçu en outre un droit en sus (art. 8 de la loi de 1872).

Toutes ces dispositions de la loi de 1872 sont parfaitement symétriques de celles de la loi du 22 frimaire an VII sur les ventes d'immeubles. Comme dans celles-ci encore, le législateur de 1872 prohibe aussi la mu-

tation secrète des fonds de commerce. — La preuve d'une mutation de ce genre peut être faite par tous les moyens possibles (1). L'art. 9 de la loi de 1872 indique, mais seulement à titre d'exemple, deux moyens de preuve dont l'administration peut user : d'abord les actes et écrits qui révèlent ou publient la cession du fonds, tels les actes sous seings privés ou notariés, et les réclames ou avis dans les journaux ; puis l'inscription au rôle des contributions du nom du nouveau possesseur et les paiements faits en vertu de ce rôle. Quand une personne se déclare par la voie des journaux, propriétaire de tel fonds de commerce, ou quand elle en paye la patente, il est à présumer qu'elle l'a acheté. Toutefois, ce n'est pas là une preuve absolue ; la présomption peut être inexacte. Et la loi de 1872, différant sur ce point de la loi de frimaire an VII (art. 12), réserve la preuve contraire aux intéressés. Le tribunal saisi d'une question de ce genre pourrait donc nommer des experts pour vérifier les allégations de celui qui prétend que, bien qu'il paye la patente d'un fonds de commerce, il n'en est pourtant pas propriétaire.

VU :

E. BAILLY.

VU :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Dijon, le 22 avril 1899.

Le Recteur,

CH. ADAM.

(1) Versailles, 13 décembre 1844, D. 44. II. 215.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
TITRE PREMIER. — Notions générales sur les fonds de commerce et leurs cessions	9
CHAPITRE I. — <i>Définition. — Eléments. — Nature juridique d'un fonds de commerce. — Diverses sortes de cessions</i>	11
CHAPITRE II. — <i>Nature juridique du contrat de cession. Est-ce un acte civil ou un acte commercial ?</i>	33
TITRE II. — Conditions de validité du contrat de cession. — Sa preuve.....	43
CHAPITRE I. — <i>Conditions de validité du contrat de cession : Consentement. — Capacité. — Objet. — Forme</i>	45
CHAPITRE II. — <i>Preuve du contrat de cession</i>	63
TITRE III. — Effets du contrat de cession de fonds de commerce.....	69
CHAPITRE I. — <i>Obligations du vendeur</i>	71
Section I. — <i>Obligation de délivrance</i>	71
§ 1. <i>Comment et quand elle s'exécute</i>	72
§ 2. <i>Son étendue</i>	78

	Pages
Section II. — Obligation de garantie.....	94
§ 1. De l'interdiction de se rétablir en l'absence de toute clause spéciale du contrat de vente.....	96
§ 2. Des clauses expresses portant interdiction pour le ven- deur de se rétablir	99
§ 3. Questions communes aux deux hypothèses.....	107
CHAPITRE II. — <i>Obligations de l'acheteur</i>	115
Section I. — Obligation de payer le prix.....	115
§ 1. Montant du prix de vente. — Quand et comment il doit être payé.....	116
§ 2. Sûretés qui garantissent le paiement du prix.....	122
§ 3. Usage des publications en matière de cession de fonds de commerce.....	134
Section II. — Obligations de l'acquéreur, autres que celles de payer le prix	150
TITRE IV. — Des intermédiaires	161
CHAPITRE I. — <i>Qualité juridique de l'intermédiaire</i>	165
CHAPITRE II. — <i>Rétribution de l'intermédiaire</i>	171
Section I. — Le mandat de l'intermédiaire est-il gra- tuit ou salarié ? — Quel est le <i>quantum</i> du sa- laire ?.....	172
Section II. — Dans quels cas la rétribution de l'in- termédiaire lui est due.....	178
Section III. — Comment l'intermédiaire peut-il se faire payer le salaire auquel il a droit ? — Y a-t-il des sûretés qui en garantissent le paiement ? ...	186
TITRE V. — Juridiction compétente en matière de cession de fonds de commerce	193

	Pages
TITRE VI. — De l'enregistrement des cessions de fonds de commerce	203
Section I. — La loi du 22 frimaire an vii ; ses lacunes ; comment elles furent comblées par la loi du 28 fé- vrier 1872	204
Section II. — Quel est le taux du droit établi par la loi de 1872 et à quels actes elle s'applique.....	206
Section III. — Délais d'enregistrement et pénalités en cas de contraventions à la loi de 1872	214

